UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

COMPENSATION DES FAUTES

EN DROIT ROMAIN

Suivi d'un aperçu de Législation comparée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le vendredi 29 mars 1912, à 1 heure 1/2

PAR

René TASSIN

Lauréat de la Faculté de droit
Avocat

Président : M. DESSERTEAUX, *professeur.*

Suffragants : MM. CHAMPEAUX, *professeur.*
KROELL, *chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

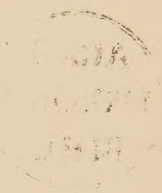
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

COMPENSATION DES FAUTES

EN DROIT ROMAIN

Suivi d'un aperçu de Législation comparée

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le vendredi 29 mars 1912, à 1 heure 1/2

ACAD. LIBRAIRIE NRL.

PAR

René TASSIN

Lauréat de la Faculté de droit
Attaché au Parquet Général
Avocat

Président : M. DESSERTEAUX, *professeur.*

Suffragants : MM. CHAMPEAUX, *professeur.*
KROELL, *chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

ET DE MA MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0032

ABRÉVIATIONS

Le mode de citation du Digeste que nous adoptons est le suivant : d'abord le fragment ou loi et, s'il y a lieu, le paragraphe, puis le livre et le titre avec la rubrique de ce dernier. fr. 9, § 4. D. *ad leg. Aq.*, 9.2 : fragment, 9, § 4. Digeste, *ad legem Aquiliam*, 9.2.

Les fragments du Digeste sont cités d'après l'édition de Mommsen.

Pour les arrêts de jurisprudence, nous avons suivi le mode de citation couramment admis dans la pratique.

S. 48.1.700 : Sirey (*Recueil général des lois et des arrêts*), année 1848. Première partie (jurisprudence de la Cour de cassation), page 700.

D. 96.1.81 : Dalloz (jurisprudence générale), année 1896. Première partie (Cour de cassation), page 81.

Pand. fr. 1901.1.236 : *Pandectes françaises* (*Recueil de jurisprudence et de législation*), année 1901. Première partie (jurisprudence de la Cour de cassation), page 236.

Rev. int. droit marit. : *Revue internationale de droit maritime.*

Rev. de lég. et de jur. : *Revue critique de législation et de jurisprudence.*

ESSAI

SUR LA

COMPENSATION DES FAUTES

EN DROIT ROMAIN

Suivi d'un aperçu de Législation comparée

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LA COMPENSATION DES FAUTES ET LA COMPENSATION DES DETTES.

A côté de la compensation des dettes que Modestin (1) définit « *debiti et crediti inter se contributio* », on parle dans le droit romain d'une compensation de fautes dans les délits et les contrats (2).

(1) Fr. 1, D. *de comp.*, 16.2.

(2) Fr. 10, pr. D. *de comp.*, 16.2 : « *compensatione neglegentiae facta* » ; fr. 3, § 3, D. *de eo per quem.*, 2. 10 : « *ab utraque parte dolo compensando* » ; fr. 57, § 3, D. *de contrah. empt.*, 18.1 : « *dolo inter utramque partem compensando.* »

La formule « compensation de fautes » laisse supposer que celui qui subit le dommage, le lésé, a lui-même commis une faute et a ainsi coopéré causalement à sa production ; il est donc, lui aussi, un auteur et un auteur coupable (1).

Dans le cas de faute coopérante, il ne se produit rien de pareil à une véritable compensation de dettes, et l'on doit considérer la formule même « compensation des fautes » comme une expression figurée (2).

Quand deux fautes coopèrent à l'arrivée du dommage, la faute du lésé n'est pas détruite et ne s'élimine pas par suite de la culpabilité du lésant, aussi les auteurs ont-ils pu facilement critiquer l'idée même de la compensation des fautes.

Par l'effet de la compensation, deux dettes existantes, liquides et exigibles se neutralisent (3), non pas parce que l'une est la négation de l'autre, mais bien plutôt parce que chacun des créanciers trouve une satisfaction complète ou partielle dans sa propre créance. Or un fait fautif ne cesse pas d'être tel parce qu'une autre personne, par sa faute, coopère

(1) Wendt, *Eigenes Verschulden* dans les *Iherings Jahrbücher*, 1892, t. XXXI, p. 137, 147, 151 et 156 ; Coppa-Zuccari, *La compensazione delle colpe*, Modène, 1909, p. 4.

(2) Wendt, *op. cit.*, p. 155 ; Gottschalk, *Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen gesetzbuch*, Berlin, 1903, p. 54 ; Coppa-Zuccari, *op. cit.*, p. 11.

(3) Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 56.

avec le lésant à la production de l'événement dommageable.

En un mot, la compensation des dettes ne fait que déclarer la force normale des créances ; en compensant deux fautes, au contraire, on élimine en totalité ou en partie les effets normaux d'un fait fautif.

Il est donc évident que le terme « compensation » pour désigner un tel résultat signifie quelque chose de tout différent de ce qui se passe en cas de compensation de dettes.

Cependant, certains pensent que par « compensation des fautes » on doit entendre une véritable compensation des dettes et que par suite l'expression « compensation des fautes » se trouve pleinement justifiée.

Il est facile de critiquer cette manière de voir.

La compensation équivaut à un double paiement ; au moyen de cet acte juridique on éteint deux dettes déjà existantes jusqu'à concurrence de la plus faible.

On chercherait vainement dans la compensation des fautes la réciprocité des dettes qui constitue un élément essentiel de la compensation ordinaire. On ne peut imaginer une dette de dédommagement à la charge du lésé qui, par sa faute, a nui à lui-même. Et dire qu'il existe deux dettes à réparer, c'est affirmer que la faute qui donne naissance à chacune d'elles n'a subi aucune modification par suite de la coexistence de l'autre faute, si bien qu'elle produit

son effet normal qui se traduit par le droit qu'a la personne qui subit le préjudice d'en demander la réparation. Or on ne peut dire que les dettes soient réciproques ; chacune des parties, en effet, supporte les conséquences de sa propre faute (1).

Ces considérations ont amené les auteurs à désigner seulement, par la formule « compensation des fautes », le résultat auquel les législations et les jurisprudences parviennent dans le cas où plusieurs personnes coopèrent causalement à la production d'un événement qui nuit à toutes.

En droit romain, la victime n'est pas fondée à réclamer une indemnité, lorsqu'elle aurait pu et dû détourner le dommage, ou lorsqu'elle a, par un acte fautif positif, contribué à l'amener.

Les deux fautes sont compensées en ce sens que l'une des parties en faute n'a plus le droit de réclamer une indemnité à l'autre, car « l'importance de

(1) Ce que prouve l'examen des fr. 11, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, et 62, D. *de furtis*, 47. 2, auquel nous procédons dans la deuxième partie de notre étude, p. 54. V. à ce sujet le fr. 11, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9. 2 : *item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adjecto cultello : in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam : et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur : quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* V. la discussion de ce fr. dans la première partie, chap. I, p. 50.

la faute de l'auteur se trouve annulée par la faute propre du lésé » (1).

C'est ce qu'exprime Pomponius dans le fr. 203, D. *de R. J.*, 50, 17 : « *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* ».

On aperçoit dès à présent toute l'importance théorique et pratique que l'étude de la compensation des fautes présente en droit romain ; mais vouloir seulement exposer et discuter les controverses que la règle de Pomponius a suscitées et rechercher quels sont les fragments dont la solution semble s'inspirer de cette règle, serait entreprendre un travail incomplet.

Le problème de la compensation des fautes posé et résolu par le droit romain, a été repris et solutionné à nouveau dans les législations modernes et spécialement par le droit français, allemand et suisse.

C'est une étude de ce problème que nous nous proposons de faire dans cet ouvrage qui comprendra trois parties.

Dans une première partie nous ferons un exposé critique des doctrines sur la compensation des fautes.

Dans une deuxième partie, nous rechercherons quels sont les textes qui, selon nous, résolvent des cas de compensation de fautes et quelle est la doctrine qui semble résulter de cet examen.

(1) Wendt, *op. cit.*, p. 156, dans les *Iherings Jahrbücher*.

Nous consacrerons un appendice à l'étude du fr. 39, D. *soluto matrimonio*, 24.3, en indiquant quel est le lien qui existe entre ce fragment et la règle de Pomponius.

Et enfin, dans une troisième partie, nous indiquerons brièvement quel est l'aspect que revêt le problème de la compensation des fautes dans les législations actuellement en vigueur.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ CRITIQUE DES DOCTRINES SUR LA COMPENSATION DES FAUTES (1)

L'étude de la compensation des fautes en droit romain présente de nombreuses difficultés qui viennent toutes de ce que les auteurs sont loin de s'entendre sur le fondement et la portée de la règle de

(1) Les auteurs qui, les premiers, ont fait de la règle *quod quis...* fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, une étude spéciale sont peu nombreux. Eisenbach : *Dispens de compensatione circa maleficia vel quasi*, établit d'abord que par rapport aux peines d'un caractère public, il n'y a pas lieu à compensation : « ici n'existent ni créanciers, ni débiteurs ; les peines publiques tendent à donner satisfaction à l'Etat et non aux particuliers. Il faut au contraire admettre la compensation quand il s'agit de peines privées : « *paria delicta mutua pensatione dissolvuntur* », fr. 39, D. *solut. matri.*, 24. 3. Elle ne repose pas, ainsi que la compensation ordinaire des délits, sur une *ficta per brevem manum solutio*, mais sur l'équité : « *Iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi* », fr. 4, § 13, D. *de doli mali et met. except.*, 44. 4 ; « *cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa... Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit* », fr. 154. D. *de div. reg. juris*, 50. 17. Et il cite comme exemple le fr. 57, § 3, D. 18.1 : « *dolo inter utramque partem compensando* ».

En complétant cette théorie, Krug, *die Lehre v. d. Comp.*, p. 143, 144, applique dans le domaine des contrats le principe « *dolo inter utramque partem compensando* », « il y a lieu à compensation, dit-il, en ce sens que personne n'a droit à des dommages-intérêts au cas

Pomponius : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (1).

Pour les uns, le lésé doit subir les conséquences de la faute dont il s'est rendu coupable, parce qu'il y a interruption du lien causal qui relie l'acte du lésant à celui du lésé (2) ; pour d'autres, au contraire, la volonté du lésé de supporter le préjudice lui interdit d'en demander la réparation au lésant (3), car le lésé ne peut se plaindre d'un dommage qu'il aurait pu éviter s'il s'était montré plus diligent (4).

Soumettant à une critique raisonnée les diverses théories qui ont été soutenues, nous rangerons les divers auteurs d'après l'ordre chronologique, afin de mieux faire apparaître le changement des idées.

où les parties ont agi réciproquement avec fraude dans un seul et même contrat ». En parlant de cette fraude réciproque, il étend aussi le principe à la faute dans les contrats : « si dans un contrat les deux parties ont été d'une pareille négligence, aucune d'elles ne pourra demander à l'autre une réparation, et cela indépendamment de la totalité des dommages produits par la faute de chacune des parties... Cependant la compensation de la fraude avec la fraude, de la *culpa lata* avec la *culpa lata*, de la *culpa levis* avec la faute légère a lieu *ipso jure*.

Hartter (*Das römisch-deut. Recht. d. Komp.*, p. 140), confirme cette manière de voir en disant : « le droit ne donne pas d'action à ceux qui se rendent réciproquement coupables de négligence », fr. 10, D. *compensationibus*, 16. 2.

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

(2) Pernice, *Lehre von den Sachbeschädigungen in römischen Recht*, 1867, et *Labeo*, II, 1878.

(3) Demelius, *Ueber Kompensatio der Culpa*, dans les *Iherings Jahrbücher*, V. p. 52 et suiv.

(4) Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung : Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, p. 145 et suiv.

Dans un premier chapitre, nous étudierons les théories de Mommsen et de Demelius ; dans un second, celles de Pernice et de M. Wendt ; dans un troisième enfin, la doctrine de M. Gottschalk, et nous terminerons en donnant une appréciation d'ensemble sur toutes ces doctrines.

CHAPITRE PREMIER

DOCTRINES DE MOMMSEN ET DE DEMELIUS.

Nous étudierons dans ce chapitre les diverses théories proposées par ces auteurs ; ce sont eux qui ont traité la question avec le plus d'ampleur.

I. — Doctrine de Mommsen.

La doctrine de Mommsen est, dans son ensemble, très acceptable. Il a su réunir des textes qui, sans cohésion apparente, ne sont cependant que des applications du principe général contenu dans le fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

Rien que pour ce travail de construction juridique la théorie proposée par Mommsen mérite une étude spéciale.

Mommsen n'emploie pas l'expression « compensation des fautes » et ne prétend pas traiter ce sujet dans la partie qu'il consacre à la doctrine de l'intérêt *Lehre von dem Interesse* (1).

Cependant, dans le chapitre III, il enseigne sous la rubrique : *Nähere Begränzung des Causalnexus*, que l'on doit réparer seulement le dommage qui constitue une conséquence réelle et effective du fait qui crée l'obligation à la réparation.

(1) Mommsen, *op. cit.*, p. 145 et suiv., *Zur Lehre von dem Interesse.*

Deux questions se posent alors.

A. — Il n'y a pas d'exception au principe lorsque le dommage a pu se produire sans que le fait qui oblige au dédommagement ait eu à intervenir. L'auteur n'est libéré de toute responsabilité que si l'on a la certitude que le dommage se serait produit également sans le fait qui oblige au dédommagement.

Enfin le fait du tiers qui coopère causalement à la production du résultat a une égale efficacité juridique.

B. — Une seconde question se pose, la plus importante : le dommage aurait-il pu être évité par le lésé (1) ?

La simple possibilité de l'éviter n'importe pas au point de vue juridique ; par contre on ne doit pas réparer le dommage qui eût pu être évité si le lésé s'était montré diligent comme un *bonus paterfamilias*. La faute consiste en ce cas dans le fait d'ignorer les conséquences dommageables que l'on aurait pu et dû connaître « *non providere quod a diligente potest provideri* » (2).

Telle est la base que Mommsen donne à la règle exprimée par Pomponius dans le fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17 (3). Et il ajoute que ce principe est « *natürlich und selbstverstændlich* » (4).

(1) Mommsen, *op. cit.*, p. 157 et suiv. *Zur Lehre von dem Interesse.*
(2) Fr. 31, *ad leg. Aq.*, 9. 2.
(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 90. 17.
(4) Toutefois Mommsen, *op. cit.*, p. 258, *Berechrung des Interesse*

Nous approuvons la doctrine de Mommsen telle qu'il la formule dans la seconde proposition en tant qu'elle explique parfaitement ce qu'est la compensation des fautes en matière contractuelle.

Il y a dans la règle de Pomponius : fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17, l'expression d'un principe d'équité qui veut que là où l'une des parties manque elle-même de diligence, elle subisse seule les conséquences de sa propre faute. Celui contre lequel on agit répond à la plainte que l'on a déposée contre lui en disant qu'il y a faute chez celui qui l'a accusé.

Le plaignant sera repoussé par le défendeur qui fera valoir qu'il y a compensation (1), car son adversaire a à se reprocher une faute : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (2). Il n'est pas conforme à l'équité de venir réclamer des dommages-intérêts quand on aurait pu éviter le dommage en se montrant d'une diligence ordinaire.

Nous repoussons les déductions de Mommsen en matière extracontractuelle.

Tout d'abord Mommsen a généralement restreint son étude aux textes qui réglementent des rapports

bei dolosen Rechtsverletzungen, établit une exception dans le cas de violation dolosive des droits de la part du lésant : dans ce cas, tout le dommage doit être réparé. V. chapitre III : Effets du dol en matière de compensation de faute, p. 84 et suiv.

(1) Vendt, *op. cit.*, p. 143, dans les *Iherings Jahrbücher*.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

contractuels (1) et ensuite il oublie que le dommage qui provient d'un acte positif est seul à réparer. Sans doute, dans le fr. 52, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, la négligence du maître a entraîné la mort de l'esclave ; il y a là une omission fautive, mais cette négligence se rapporte à un acte positif antérieur : le fait d'avoir blessé l'esclave (2).

Enfin Brinz s'élève avec raison contre la prétention d'imposer une obligation de diligence dont la conséquence consiste à affranchir de la preuve celui qui est responsable du dommage.

Windscheid (3) a adopté presque à la lettre la doctrine de Mommsen.

Il enseigne (4) qu'il n'y a pas lieu de réparer le préjudice survenu dans le cas où le dommage aurait

(1) Cf. fr. 52, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2 en ce qui concerne les délits, discuté p. 46.

(2) Brinz, *Pandectes*, II, 1882, p. 808, note 12, reconnaît que la faute aquilienne se caractérise dans une activité positive ; il exige donc la *culpa in faciendo* pour qu'il y ait faute aquilienne. Telle est aussi l'opinion de M. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 3e édit., p. 411, n. 2 : « il faut, comme dans tout délit, dit-il à propos de la loi Aquilia, que l'acte soit un acte positif et non pas une négligence, une faute de commission, et non une faute d'abstention ». Pernice, *Sachbeschäd*, p. 172, dans l'espoir de réfuter cette opinion, cite le fait de l'individu qui, après avoir allumé du feu sur son champ, l'a laissé gagner le champ voisin, fr. 27, § 9, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2. Mais M. Girard fait justement remarquer que les exceptions apparentes visent des cas où la négligence se rapporte à un acte positif antérieur. — *Contra*, Gottschalk, *op. cit.*, p. 40.

(3) *Pandekten*, t. II, p. 48. *Leistung des Interesse*, §§ 257-258, et spécialement note 17, 1900.

(4) *Op. cit.*, n° 2, p. 57.

pu être évité par le lésé s'il s'était montré d'une diligence ordinaire (1).

II. — Doctrine de Demelius.

Demelius (2) déclare tout d'abord que la règle de Pomponius (3) se présente avec tout son sens dans le cas où celui qu'on accuse ne peut douter de la connexion causale qui relie son acte au préjudice subi par le plaignant.

Cette manière d'agir apparaît sous la forme d'une action qui oblige à la réparation du dommage parce qu'elle est basée sur une faute. L'accusé répond qu'il ne doit rien en se fondant sur ce fait que le dommage aurait pu être évité si le plaignant s'était montré plus diligent.

Demelius fait sienne l'interprétation que Mommsen donne de la règle *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (4), et il recherche sur quelle base elle repose dans les délits et les contrats.

(1) Nous renonçons à expliquer la doctrine de Dernburg qui accepte dans son texte des *Pandectes*, t. II, § 45, p. 121, 1886, la manière de voir de Mommsen et qui, en note, semble la rejeter. Dernburg soutient, en effet, dans le texte que le lésé ne peut rendre un tiers responsable (*dritte*), quand il a négligé lui-même de prendre les précautions que réclamaient les circonstances pour détourner le dommage. Mais la note 8 se déclare contre Mommsen. V. à ce sujet Wendt, *op. cit.*, p. 162, dans les *Iherings Jahrbücher*.

(2) *Op. cit.*, p. 62 et suiv. dans les *Iherings Jahrbücher*.

(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

A. — Dans les contrats, dit-il (1), la *bona fides* exige que chacune des deux parties s'efforce avec diligence d'empêcher que l'autre ne soit lésée. Par conséquent, quand l'une d'elles doit, pour une raison quelconque, fournir des dommages-intérêts, elle est en droit d'exiger que cette dernière déploie toute la diligence nécessaire afin que l'obligation ne s'aggrave pas sans nécessité. Si elle n'exerce pas cette diligence, elle devra à son tour dédommager l'autre partie du préjudice qu'elle aurait pu éviter en faisant preuve de la diligence habituelle en pareil cas. Ces dettes de dédommagement qui trouvent leur source dans la nécessité même de réparer tout préjudice se compensent l'une l'autre et, si le lésé avait pu empêcher le dommage de se produire entièrement, il n'aurait eu droit à aucune réparation. A ce point de vue on peut parler d'*ex culpa sua damnum sentire* : en soi-même et pour soi-même, il n'existe à la charge de personne aucune obligation juridique de se conduire diligemment dans ses propres affaires ; la négligence que l'on apporte à ses affaires ne constitue donc pas une faute. On doit seulement parler de faute dans le cas où on manque, par la négligence dont on fait preuve dans l'administration de ses biens, à l'obligation qui incombe à chacun de préserver son voisin de tout dommage. C'est la façon de penser d'Ulpien dans le fr. 22, § 4, D. *de pignor. act.* (2) : le créan-

(1) Dans les *Iherings Jahrbücher*, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

(2) Fr. 22, § 4, D. *de pigneraticia actione vel contra*, 13.7 : *Si*

cier gagiste perd tout recours contre le débiteur, car il ne se comporte pas en *diligens paterfamilias* en vendant la chose reçue en gage. La même doctrine est consacrée dans le fr. 45, § 1, D. *de act. empt.* (1). L'acheteur, en prétendant qu'il a fait des impenses, a négligé d'exercer le droit de rétention. Une telle conduite lui fait perdre tout droit de se faire dédommager de ses impenses par le vendeur.

La doctrine de Demelius apparaît comme l'extension et le développement normal de la théorie de Mommsen.

Cet auteur avait posé un principe, Demelius l'a étudié en se plaçant sur le terrain de la *bona fides*.

M. Coppa Zuccari (2), qui repousse la doctrine de Mommsen, critique naturellement celle de Demelius.

Tout d'abord il présente des critiques d'ordre général.

creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis ? et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit : si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit. etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

(1) Fr. 45, § 1, D. *act. empt.*, 19. 1 : *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit : nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.* Voyez la discussion de ce texte dans la deuxième partie, chapitre II, p. 65.

(2) *Op. cit.*, p. 57 et suiv.

« Si la conception que se fait Demelius de la théorie de la compensation des fautes était exacte, dit-il, cet auteur devrait logiquement repousser toute idée de compensation dans les rapports contractuels : il s'agirait, dans ce cas, d'une véritable compensation de dettes provenant du dédommagement. » Cette conclusion est tout à fait inattendue. Il y a compensation quand on se trouve en présence de deux prétentions basées sur une faute et issues de la violation d'obligations contractuelles : c'est le cas en particulier du fr. 45. 1, D. *de act. empt.*, 19.1. Cette compensation de fautes se traduit par ce résultat que la prétention du plaignant n'a plus de raison d'être et doit disparaître parce qu'elle est couverte par la contre-prétention de celui à qui il reproche une faute.

En outre, ajoute M. Coppa-Zuccari, la doctrine de Demelius repose sur un principe qui est loin d'être prouvé.

L'obligation de se préserver soi-même d'un dommage dans l'intérêt d'un tiers, de sorte que de la violation de cette obligation naisse pour ce dernier un droit au dédommagement, n'existe pas. C'est mal envisager la question, répondrons-nous à M. Coppa-Zuccari. Le droit romain a toujours admis le principe de la jouissance illimitée des droits (1). Et la

(1) Pernice, *Labeo*, t. II, p. 12 et suiv., spécialement le fr. 26, *de damno inf.*, 39.2.

situation se modifie profondément quand, par son manque de diligence, un individu porte atteinte aux droits de son voisin. Il devient responsable, il n'a pas exercé la diligence qu'on était en droit d'attendre de lui dans la gestion de son propre patrimoine (1).

Dans le fr. 22, § 4, D. *de pign. act.*, 13. 7, le créancier gagiste n'a pas de recours à exercer contre le débiteur s'il n'apporte pas dans la vente de l'objet reçu en gage la diligence d'un bon père de famille. Il a à se reprocher une faute : « *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* » (2).

Il est vrai que M. Coppa-Zuccari prétend que le créancier agit d'une façon dolosive, ce qui exclut la faute résultant du manque de diligence. Le texte ne prévoit pas une pareille hypothèse ; le créancier peut perdre son droit de recours contre le débiteur par suite de sa faute et de son dol (*si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit*).

Concluons que la doctrine élaborée par Demelius en matière contractuelle s'inspire d'un principe équitable et juridiquement fondé : la *bona fides*, et que sa doctrine s'applique exactement dans les textes qu'il propose comme exemples.

B. — En dehors des contrats, continue Deme-

(1) Girard, *op. cit.*, p. 648, 3e *édit.*
(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

lius (1), il n'existe pas pour le lésé d'obligation juridique de préserver le lésant du dommage ou de son aggravation. .. Le fondement de la règle de Pomponius se trouve plutôt dans la volonté du lésé qui tend vers un résultat illégal. Celui qui cause le préjudice est responsable sitôt que le dommage apparaît causé par un acte de volonté dont les conséquences sont préjudiciables à autrui. Entre cet acte de volonté et le résultat dommageable, les lois de la nécessité et le hasard dirigent le cours normal des choses. Le dommage arrive donc parce que celui qui l'a causé l'a voulu. Qu'arrivera-t-il si celui qui souffre du dommage le veut également, c'est-à-dire s'il se trouve en faute lors de la production du dommage ? Cette volonté n'interrompt pas le rapport de causalité entre la volonté du lésant et le dommage, mais se place entre l'un et l'autre, de sorte que le dommage étant voulu par celui qui en souffre n'apparaît plus comme une *injuria* dans le sens de la loi Aquilia : *volenti non fit injuria*. Ce principe n'est pas seulement valable dans le cas de véritable *injuria* et dans celui où le lésé, volontairement, produit le dommage, mais il s'applique aussi et particulièrement dans le cas où avec le « parce que le lésant l'a voulu » concourt le « parce que le lésé l'a voulu », et le vouloir de ce dernier peut consister dans le fait de ne pas vouloir empêcher la production du dommage.

(1) *Op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 67 et suiv.

Demelius a généralisé bien à tort le principe *volenti non fit injuria* (1), dont on trouve une application dans le fr. 4, § 2, D. *de sic.*, 48.8, mais qui n'est pas considéré par les juristes romains comme un principe général.

Pernice (2) a démontré qu'il ne fallait pas rechercher le principe dominant de la compensation en matière délictuelle dans la proposition suivante : le lésé a, par sa faute, approuvé l'acte illégal du lésant. Et ce n'est pas la maxime *volenti non fit injuria* qui doit servir de base à l'interprétation de la règle de Pomponius (3).

Le fr. 29.1, D. *de evict.*, 21.2, en effet contredit formellement la doctrine de Demelius. L'acheteur ne peut plus exercer son recours en éviction ; lui, qui aurait pu se maintenir en possession s'il avait été défendeur, a succombé : « mais, dit le texte, ceci n'est vrai qu'autant que cet acheteur a perdu la possession de la chose ou par sa faute ou volontairement » (4).

(1) Fr. 1, § 5, D. *de injur. et fam.*, 47.10 : *Usque adeo autem injuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit injuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla injuria est, quae in volentem fiat.*

(2) Pernice, *Sachbeschäd*, p. 58 et suiv.

(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(4) Fr. 29, § 1, D. *de evict.*, 21.2 : *Si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita autem utiliter non poterit, vel ipso jure promissor duplae tutus*

Ici chaque mot a un sens propre : un possesseur perd la possession en y renonçant spontanément ou en ne se défendant pas convenablement — c'est le cas prévu au texte. La volonté est donc distincte de la faute, elle lui est opposée comme quelque chose de différent (1).

Le fr. 29, D. *de evict.*, 21. 2, est l'expression d'une doctrine particulière et un peu étroite, aussi nous préférons établir notre démonstration en nous appuyant sur le fr. 62, § 7, D. *de furtis*, 47.2 (2).

Demelius appuie sur *ultro*. Le tiers ou le dépositaire qui a donné à conserver à l'esclave de la vaisselle en argent ou de l'argent, a volontairement été au courant du recel. L'adverbe *ultro* n'a pas dans le texte l'importance que veut bien lui donner Demelius, et son sens se précise au moyen du contexte.

erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit. Voyez la discussion de ce texte dans la deuxième partie, chapitre II, p. 67.

(1) Voyez dans le même sens : Wendt, *op. cit.*, p. 153 et suiv. dans les *Iherings Jahrbücher* : « en considérant que le dommage produit est voulu par le lésé lui-même, on laisse supposer que dans la loi Aquilia, il y a un rapport entre la volonté et la faute tel qu'il n'existe pas en réalité. »

(2) Voyez dans le même sens,et contrairement à la doctrine trop absolue de Demelius, le fr. 23, § 8, D. *de aed. ed.*, 21. 1, examiné p. 64. L'opposition du *posset* et du *maluerit*, du pouvoir et du vouloir, prouve qu'on n'impute pas à l'acheteur de ne pas avoir voulu empêcher le *detrimentum*. Sur la discussion générale du fr. 62, § 7, D. *de furtis*, 47.2, voyez la seconde partie, chapitre I, p. 55, § 7 : *haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat : ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.*

Si, à la faute du déposant, s'ajoute celle du dépositaire, *aliter existimandum est*. Tel est le sens le plus plausible que l'on doit donner de cet adverbe.

L'inutilité de la réclamation du dépositaire vient, non pas de ce qu'il a voulu subir un dommage ou de ce qu'il n'a pas eu la volonté de le supporter, mais bien plutôt de ce qu'il s'est montré négligent en confiant à l'esclave des objets de valeur.

En admettant même que la maxime *volenti non fit injuria* soit d'une application aussi large que le suppose Demelius, la volonté de ne pas empêcher le dommage ne suffit pas à elle seule à enlever le caractère d'*injuria* à un fait qui constitue la violation des droits d'autrui. « Le principe *volenti non fit injuria* présuppose le consentement conscient et positif du sujet de droit à un fait objectivement illégal réalisé par d'autres (1). »

La théorie de Demelius n'a donc pas, dans sa généralité, la portée que son auteur a voulu lui donner.

(1) Coppa-Zuccari, *op cit.*, p. 61 *in fine*.

CHAPITRE II

DOCTRINES DE PERNICE ET DE M. WENDT.

I. — Doctrine de Pernice.

Pernice a exposé sa doctrine dans deux ouvrages : *Lehre von den Sachbeschädigungen in römischen Recht*, et dans le livre qu'il consacre à Marcus Antistius Labeo.

« La véritable base de la compensation des fautes se trouve, dit-il (1), dans ce fait que la négligence de celui qui subit le dommage met en question le rapport causal (connexion causale) entre la faute du lésant et le *damnum*. »

Puis il développe sa doctrine (2).

« Une cause qui, de par elle-même et à elle toute seule, ne produit pas l'effet nuisible, n'est jamais cause. Ainsi tout fait qui produit d'une manière indépendante le même effet interrompt la connexion causale... Dans le cas où, apparemment, plusieurs faits causent un certain effet, un seul doit être con-

(1) *Sachbeschäd.*, p. 60.
(2) *Op. cit.* p. 174 et suiv.

sidéré comme *causa conficiens*, c'est-à-dire comme cause propre et véritable ; les autres comme *causae adjuvantes*, comme des conditions. Faire cette distinction, c'est remplir justement le rôle du bon père de famille diligent.... Cette distinction subtile en apparence se comporte d'une manière toute simple dans son application. Partout où, à côté de la cause originaire, se manifeste une autre cause indépendante, de façon qu'il soit impossible de distinguer quelle est la vraie cause, il n'est pas permis d'attribuer l'événement à la première. »

Et il cite les fr. 30, § 4, D. *ad leg. Aq.*, 9.2, et 52. D. *ad leg. Aq.*, 9.2 (1) dont nous ferons une étude spéciale.

La règle de Pomponius (2) devrait donc s'expliquer par la théorie de l'interruption du lien causal entre l'acte du lésant et celui du lésé (3).

Cette doctrine est difficilement acceptable.

Entre deux événements successifs, ou bien il n'y a aucun lien — et alors il est évident qu'il ne peut

(1) Fr. 30, § 4, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2 : *Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.* — Ce texte est discuté dans la deuxième partie, chap. I, § IV, p. 40. Fr. 52, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9.2 : *Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur.* V. pour la discussion de ce texte la deuxième partie, chap. I, § V, p. 46.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

(3) Cf. Gottschalk, *op. cit.*, p. 59.

être brisé — ou bien il y en a un, en ce sens que le premier événement est une condition du second, et alors ce lien ne peut être interrompu, annulé après coup.

Aussi, dans Labeo (1), Pernice reconnaît-il que cette théorie n'est pas applicable à la plus grande partie des cas de coopération de fautes entre celui qui cause le dommage et celui qui le supporte.

Il se contente de dire (2) que le principe de Pomponius (3) est considéré par les juristes romains comme une règle que l'on comprend de soi-même et qui n'a pas besoin d'être établie et justifiée par d'autres arguments.

Pernice n'indique pas le motif pour lequel il s'est décidé à abandonner la première théorie : celle de l'interruption du lien causal.

Il nous semble que Pernice s'est représenté des cas où la faute de celui qui supporte le dommage exclut la responsabilité de celui qui le cause. Aussi dit-il (4), « que par suite de la faute personnelle de celui qui supporte le dommage, l'acte de celui qui le cause ne constitue pas une faute ».

Dans le fr. 23, D. *commodati*, 13.6, l'emprunteur a agi sans faute, c'est pourquoi il ne peut ré-

(1) *Labeo*, t. II, p. 32.
(2) *Labeo*, t. II, p. 36.
(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(4) *Op. cit.*, p. 37.

pondre d'un dommage qu'il n'a pas créé (1). Pernice arrive au même résultat en faisant remarquer que celui qui cause le préjudice ne peut être considéré comme cause coupable et par suite comme responsable. Or, on ne peut donner une telle base à la règle de Pomponius (2) ; si la faute n'existe pas, on ne saurait la compenser (3).

II. — Doctrine de M. Wendt.

Pernice a, un des premiers, donné de la règle : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (4), une interprétation vraiment romaine en laissant entendre que le fr. 203 n'était que l'expression d'un principe d'équité.

Cette idée avait déjà été entrevue par Mommsen, et c'est le mérite de M. Wendt de l'avoir définitivement adoptée.

« La règle de Pomponius, dit-il (5), n'a avec l'idée

(1) Fr. 23, D. *commod.*, 13.6... *Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati : nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.* V. la discussion de ce texte dans la deuxième partie, chap. II, p. 71 et suiv.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(3) Wendt, *op. cit.*, p. 151 et suiv.

(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(5) *Op. cit.*, p. 138. Cette idée se retrouve dans maints passages, « permettre au lésé de demander à d'autres personnes des dommages-intérêts pour la réparation d'un préjudice dont il s'est lui-même rendu coupable, n'est ni admissible en droit, ni équitable », p. 157.

même de la compensation qu'un rapport très éloigné ; elle n'est que l'expression d'un principe d'équité qui veut qu'il ne soit permis à personne de demander à d'autres la réparation d'un préjudice que l'on a contribué à causer. »

CHAPITRE III

DOCTRINE DE M. GOTTSCHALK. — CONCLUSION.

Récemment M. Gottschalk (1) a recherché quelles étaient les applications de la formule du paragraphe 254 (2), B. G. B. dans les textes des *Pandectes*.

Il ne s'agit pas de savoir si les deux parties sont en faute, mais d'indiquer plutôt si la faute du lésé est telle qu'elle exclut la responsabilité du lésant. Nous devons considérer de quel côté se trouve la plus grande culpabilité (3) et si nous arrivons à l'établir du côté du plaignant — le lésé —, on dira que le dommage est produit par sa faute.

C'est dans ce sens qu'il faut entendre la règle de Pomponius (4) : quelle est la faute qui l'emporte,

(1) *Op. cit.*, p. 55 et suiv.

(2) § 254, B. G. B. « Si lors de la réalisation du dommage il y a eu du chef de la partie lésée, une faute qui ait coopéré au dommage, l'existence de l'obligation à réparation comme l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances, et en particulier du point de savoir dans quelle mesure le dommage aura été causé d'une façon prépondérante par l'une ou l'autre des deux parties. » Sur l'étude de ce texte, voyez : troisième partie, chapitre I, p. 110 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 55.

(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

quelle est celle qui est absorbée par l'autre, telle est la question que l'on doit se poser.

Il nous semble que M. Gottschalk a confondu le résultat et les conditions elles-mêmes au moyen desquelles on arrive à l'établir.

Il faut deux *culpae* pour qu'il y ait compensation ; c'est là une condition essentielle. En effet, en droit romain, la victime n'est pas fondée à réclamer une indemnité quand elle aurait pu et dû détourner le dommage, ou lorsque, par un acte fautif positif, elle a contribué à l'amener.

Nous repoussons donc la doctrine de M. Gottschalk en tant qu'elle ne tient pas compte de la nécessité de l'existence de deux fautes coagissantes pour qu'il y ait coopération et par suite compensation (1).

Quant à la doctrine de Mommsen, elle nous paraît exacte dans les contrats, et l'on doit admettre que la théorie de Demelius explique bien des résultats pratiques.

(1) En présentant sous cette forme sa théorie, il est amené à ranger parmi les textes relatifs à notre sujet, des fr. qui lui sont totalement étrangers ; il en est ainsi du fr. 28, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9.2 : *Qui foveas usorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt : at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit : et multa hujus modi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit.* Voyez la discussion de ce texte dans la deuxième partie, chap. I, p. 39.

Mais nous devons reconnaître malgré tout que c'est une idée d'équité qui se trouve à la base du fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17. Qu'on n'essaie pas de justifier la règle de Pomponius par une formule trompeuse qui, à l'examen, se révèle vide de sens. Le droit romain est le fruit d'une civilisation individualiste ; certaines de ses doctrines sont susceptibles de froisser notre mentalité de juristes du XX^e^ siècle, mais qu'on se souvienne de la maxime « *neminem laedit qui suo jure utitur* », et on aura, par cela même, l'explication de la règle : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (1).

Cette idée d'équité paraîtra à beaucoup bien fragile, parce que nous ne cherchons pas à établir la règle de Pomponius (2) sur un principe rigide et en nous inspirant d'une doctrine construite par des théoriciens qui empruntent souvent leurs éléments à la seule imagination juridique.

Les conceptions purement abstraites sont restées en effet d'un emploi très réservé chez les juristes de Rome.

« Qu'on lise attentivement, dit M. Geny (3), un ouvrage intégralement composé par l'un d'eux, les

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(3) *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 1899, p. 158.

Institutes de Gaius par exemple, ou que l'on parcoure les fragments insérés au Digeste, avec la préoccupation d'y observer les applications de ce procédé (les conceptions purement abstraites), on verra combien la récolte sera maigre, et quelle place, plutôt restreinte, au regard de celle qui leur est faite par notre science moderne, tiennent dans l'ensemble de la jurisprudence romaine, les pures abstractions logiques. »

Nous nous sommes inspiré de ces idées en abordant l'étude de la compensation des fautes en droit romain et nous nous sommes aperçu, après avoir longuement réfléchi sur les théories élaborées jusqu'à ce jour, que l'idée d'équité se trouve, avant toute autre, à la base du fr. 203. D. *de R. J.*, 50. 17.

C'est sur une idée semblable que repose par exemple la théorie de Mommsen dans les contrats de bonne foi : n'est-il pas juste que celui qui n'est pas diligent supporte les conséquences dommageables de son inattention, de sa négligence ? Et nous l'avons adoptée pour cette raison.

DEUXIÈME PARTIE

LES TEXTES ET LA DOCTRINE QUI EN RÉSULTE

Dans cette seconde partie de notre étude nous avons l'intention de rechercher quels sont les textes dont les solutions semblent être inspirées par la règle de Pomponius (1).

Mais il ne faut point perdre de vue, avant d'entreprendre cet examen, que la compensation des fautes suppose dans son application l'existence d'une faute à la charge de chacune des parties (2).

Cette condition se trouvera réalisée lorsqu'à la suite d'un *damnum corpore aut corpori datum*, l'actio *legis Aquiliae* sera donnée contre le lésant et que ce dernier répondra pour sa défense que le *damnum injuria datum* disparaît parce que la victime est en faute et est elle-même auteur du dommage. Et le *judex*, chaque fois que les parties lui sembleront avoir manqué à cette diligence que l'on est en droit d'attendre du bon père de famille, basera en matière contractuelle sa décision sur la règle de

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.
(2) Wendt, *op. cit.*, p. 138.

Pomponius (1), à moins que l'une des parties n'ait eu une conduite dolosive, auquel cas elle répondra de tout le dommage : *fraus omnia corrumpit*.

On aperçoit toute l'importance que prend l'examen de tous ces textes. Et c'est seulement après les avoir minutieusement étudiés que nous pourrons donner de la règle de Pomponius (2) l'explication qui nous paraîtra la plus conforme aux textes.

Les doctrines ne tirent en effet toute leur valeur que des textes seuls et de leur conformité avec les idées romaines.

Nous diviserons, suivant les idées que nous venons de développer, cette deuxième partie en quatre chapitres :

Nous consacrerons le premier à l'examen des textes en matière délictuelle ; dans le second nous envisagerons plus spécialement le problème de la compensation des fautes dans les contrats, dans le troisième nous étudierons les effets que produit le dol en matière de compensation de fautes, et dans un quatrième nous tenterons une explication de la règle de Pomponius dans les contrats et les délits, explication à laquelle nous rattacherons un historique du fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.
(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

CHAPITRE PREMIER

LA COMPENSATION DES FAUTES EN MATIÈRE DÉLICTUELLE (EXAMEN DES TEXTES).

I. — Examen du fr. 9, § 4, D. ad leg. Aq., 9.2. Opinion de Demelius.

Sed si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est : sed si cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

Il semble que la faute concurrente de la victime enlève à la faute des joueurs, toute son importance (1) (*Sed si, cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat*). Le dol, semble dire Ulpien, oblige toujours le *jaculator* ; la faute ne l'oblige que lorsque le blessé n'est pas lui-même également coupable.

Ce n'est pas la pensée d'Ulpien, dit Demelius (2) ; bien au contraire, celui qui lance le javelot n'est pas en faute, car c'est de la témérité de la part de l'es-

(1) Wendt, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 152.
(2) *Op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 59 et suiv.

clave de passer dans un endroit aussi peu sûr. Agir ainsi, c'est faire preuve d'une véritable légèreté qui, à elle seule, exclut la responsabilité du *jaculator* :

La considération que fait valoir Demelius est fort exacte, mais il est permis de lui reprocher de ne pas mettre en évidence ce point essentiel : les deux fautes ne coopèrent pas à la production du dommage, elles ne peuvent donc être compensées.

Procédons à nouveau à l'examen du texte.

Ulpien envisage trois hypothèses : dans la première, il y a faute du joueur ; dans la seconde l'esclave seul est responsable, cas envisagé par Demelius (*quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere*) ; dans la troisième, nous sommes bien en présence d'une faute de l'esclave qui traverse un *campum jaculatorium*, mais le joueur le frappe frauduleusement et le tue : *jaculator Aquilia tenebitur*.

La fraude absorbe la faute, en ce sens que celui qui est coupable de fraude doit répondre seul du dommage (1).

II. — Examen du fr. 52, § 1, D. ad leg. Aq., 9.2. Opinion de Pernice. Critique de Demelius.

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat : quidam praeteriens eam sustulerat : taberna-

(1) C'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. V. la deuxième partie, chap. III, p. 84.

rius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat : ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret : ex eo majore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat : consulebat, num damnum injuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum injuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere : sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

Pernice (1) considère ce texte comme étant une application de la règle : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (2). « Quiconque, dit-il, commence une rixe doit en supporter les conséquences, si un dommage vient à lui être causé. »

Il semble que ce fragment prévoit un cas, non pas de compensation de fautes, mais bien plutôt de légitime défense (3).

(1) *Labeo*, t. II, p. 37.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

(3) Pernice, *Sachbeschäd*, p. 63, note 47, ne pense pas que ce texte envisage un cas de légitime défense. « Le *tabernarius*, dit-il au texte, a seulement le droit d'arracher son bien au voleur, mais il ne peut le punir pour son méfait. Il outrepasserait son droit, en agissant ainsi et serait responsable du dommage causé. » Ce qui est vrai si le voleur n'attaque pas le *tabernarius*. Il ajoute : « Il en est autrement du voleur ; il n'a pas le droit de se défendre contre celui qui le poursuit, tant que celui-ci n'abuse pas de son droit. Si donc il provoque une rixe, il devra supporter toutes les consé-

Le *tabernarius* est attaqué et il se porte à des voies de fait qui, dans les cas ordinaires, seraient des délits, mais qui, dans l'hypothèse envisagée par le texte, ne sont pas considérées comme tels parce qu'il est en état de légitime défense (1).

Le *tabernarius* poursuit le passant qui lui emporte sa lanterne, le voleur se retourne et le frappe. Il commet ainsi une agression injuste contre laquelle l'aubergiste est en droit de se défendre et si, obéissant à l'impulsion du premier moment, il blesse involontairement le voleur à l'œil, *non videtur damnum injuria fecisse*, parce que le passant a frappé le premier ; mais si l'aubergiste, en voulant reprendre sa lanterne, en est venu aux voies de fait et a dépassé les bornes de la défense légitime, *tabernarii culpa factum videri* (2).

Africanus distingue donc deux hypothèses qui sont nettement indépendantes l'une de l'autre.

quences de son irréflexion et il ne pourra demander aucun dédommagement au *tabernarius* si involontairement il lui crève un œil. » N'est-ce pas dire, à moins de faire de la légitime défense une question de mots, que le *tabernarius* est en état de légitime défense si le voleur provoque la rixe ?

(1) Dans le même sens, voyez Demelius, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 60 et suiv.

(2) Sur la légitime défense, voyez le fr. 4, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9.2· *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero : nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

III. — Examen du fr. 28, § 1. D. ad leg. Aq., 9.2. Doctrine de M. Gottschalk.

Qui foveas usorum cevorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt : at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.

§ 1. *Hæc tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit : et multa hujusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit.*

Ce texte parle des obligations qui sont imposées à ceux qui tendent des pièges, quand quelqu'un en éprouve un préjudice et Paul, pour résoudre le cas qui lui est présenté, se pose cette question : est-ce que les pièges ont été tendus ou non dans des endroits où on avait coutume de le faire, *ubi fieri solent*?

Il en conclut au paragraphe 1 que celui qui cause le préjudice n'est pas libéré de l'obligation de réparer le dommage, non par suite d'une faute concurrente de la victime, mais bien parce que l'on ne peut reprocher une faute à celui qui souffre du préjudice.

En effet, le tendeur de pièges, « s'il est diligent comme l'est un bon père de famille, dit Demelius » (1), doit interdire l'entrée de ce lieu dangereux en faisant savoir que des pièges y sont tendus.

(1) *Op. cit.* dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 60.

Ce texte n'a aucun rapport avec notre étude ; on ne peut reprocher à l'un des auteurs une faute qui vienne coopérer avec celle de la partie adverse (1).

M. Gottschalk (2), lui aussi, ne range point ce texte parmi ceux qui solutionnent un cas de compensation de fautes, en se plaçant à un point de vue quelque peu différent du nôtre

Quel est celui, dit-il, qui est atteint par la plus

(1) Dans le même sens, voyez Demelius, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 59 et suiv. Le fr. 31, D. *ad leg. Aq.*, 9.2 : « *Si putator ex arbore ramum cum dejiceret vel machinarius hominem prætereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi : culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat præstare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem : nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit* », ne prévoit pas un cas de compensation de fautes, car dit Demelius, p. 60, le *putator* est en faute pour n'avoir point prévenu le passant du danger qu'il y avait à passer à cet endroit. Et en effet de deux choses l'une, ou bien le *putator arborum* coupe les branches des arbres dans une propriété particulière ou sur la route, en prenant toutes les précautions pour qu'un accident ne se produise pas, et dans ce cas il est exempt de toute faute si un passant est tué par suite de la chute d'une branche (*nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit*) et le passant est seul en faute ; ou bien le *putator* est responsable de la mort du passant qu'il tue, parce qu'il ne l'a pas averti du danger qui le menaçait. On chercherait vainement une faute de la victime, qui fût en coopération causale avec celle du *putator*, pour produire le résultat dommageable. Sur ce texte voyez Wendt, *op. cit.*, p. 152 dans les *Iherings Jahrbücher*.

(2) *Op. cit.*, p. 58 et suiv.

grande faute? Telle est la question qu'il nous faut résoudre.

« Si le plaignant tombe dans la fosse en un endroit où on a l'habitude d'en creuser, c'est lui qui est seul en faute, et il ne peut être question d'une compensation. Mais, si la fosse est creusée près d'une rue fréquentée et si le plaignant y tombe, on doit réparer le préjudice causé.

« Avant tout, continue-t-il, il s'agit de savoir si le lésé a été averti d'une manière quelconque, ou bien s'il savait qu'il y avait une fosse creusée à l'endroit en question. Dans le premier cas, c'est la culpabilité du lésé qui est prépondérante; dans le second : la faute du lésant.

« La décision ne peut être justifiée et expliquée qu'en partant de l'idée de soupèsement, celle de la compensation n'expliquant pas la *ratio dicendi* des décisions : quel est celui qui est atteint par la *culpa* (1). »

Le principe de M. Gottschalk : soupeser les responsabilités, est contraire à l'idée même de la compensation qui laisse supposer que la victime n'est pas fondée à réclamer une indemnité lorsqu'elle a, par un acte fautif positif, contribué à l'amener, et,on ne

(1) Gottschalk, *op. cit.*, p. 58 : « *Auch hier kann nur aus dem Gedanken der Abwägung heraus die Entscheidung gegeben werden ; ein Kompensieren würde die ratio der Entscheidungen, wen die culpa trifft, nicht rechtfertigen.* »

saurait se poser la question de savoir quel est celui qui a à se reprocher la plus grande faute, sans violer le principe énoncé dans le fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

IV. — Examen du fr. 30, § 4, D. ad leg. Aq., 9.2. — Controverses suscitées par ce texte. — Opinions de Pernice (interruption du lien causal), de Demelius (question de procédure). — Explication proposée par M. Coppa-Zuccari. — Critique.

Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

Ce texte a suscité d'interminables controverses, et, à l'heure actuelle, l'accord n'existe point entre les romanistes sur la portée et le sens qu'il faut lui attribuer (1),

Pris en lui-même, ce texte semble très clair. Si l'esclave n'a pas été blessé mortellement et que sa mort soit le résultat d'une négligence, on donnera au maître l'action *de vulnerato* et non *de occiso*.

Pour Pernice (2), se poser la question de savoir si l'esclave est *occisus* ne touche pas au fond du droit. Le seul point de droit intéressant à débattre est celui-ci : la faute de l'accusé qui a frappé l'esclave est-elle compensée par celle du maître qui, par négligence, ne fit pas guérir celui-ci.

(1) Wendt, *op. cit.*, p. 160, dans les *Iherings Jahrbücher*.
(2) *Sachbeschäd*, p. 61.

Une réponse affirmative s'impose et la solution de la question se trouve dans la théorie de l'interruption de la connexion causale (1). La *neglegentia* du maître doit nous apparaître comme la cause indépendante de la mort. La marche régulière des choses, qui eût normalement amené la guérison, est interrompue, de telle sorte que les conditions qui mènent au résultat l'emportent sur celles qui l'entravent. C'est sur la tête du maître que doit retomber la responsabilité de la mort de l'esclave ; le rapport causal qui existe entre la blessure et ses conséquences a été altéré par sa négligence (2).

Avec Demelius (3), nous pensons que le fr. 30 tranche une question de procédure.

Il ne s'agit pas de savoir si celui qui a été frappé répond de la mort de l'esclave, mais bien plutôt de décider si le maître lésé doit poursuivre le lésant par l'action *de occiso* (chapitre I de la loi Aquilia), ou par l'action *de vulnerato servo* (chapitre III de cette même loi) (4). Ce qui le prouve, c'est la grande

(1) *Labeo*, t. II, p. 39 et 40.

(2) Sur la critique de la théorie de l'interruption du bien causal, voyez l'étude consacrée à la règle de Pomponius. Première partie, chapitre II, p. 25.

(3) *Op. cit.*, dans les *Ihering Jahrbücher*, p. 70 et suiv.

(4) Le maître avait tout intérêt à engager des poursuites contre celui qui avait blessé son esclave. En effet ce ne sont pas seulement par des stipulations que les personnes *in potestate nostra* nous font acquérir des créances, ce peut être aussi par un autre contrat, et même quelquefois par un délit dont elles sont victimes.

importance pratique que la question présentait pour les Romains.

Devant le tribunal, le maître de l'esclave vient déposer une plainte en se fondant sur le chapitre I^er^ (*de occiso*), mais l'accusé lui objecte que l'esclave est mort par suite d'un manque de soins et qu'il tombe seulement sous les dispositions du *primum caput legis Aquiliæ*, et non sous le *tertium Caput*. Et nous comprenons son objection : dans le premier cas, la condamnation porte sur le *quanti id in eo anno plurimi fuit*, dans le second le juge condamne au *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Le magistrat répond que l'accusé n'est tenu que de l'action *de vulnerato*.

C'est une question de procédure qu'on lui pose et c'est cette seule question qu'il tranche.

Cependant les *Institutes*, *Lib.* 3, titre XXVIII *pr.* (*per quas personas nobis obligatio adquiritur*) et Gaius lui-même: *Institutes*. *Commentarius tertius*, § 163 (*expositis generibus obligationum quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas quae in nostra potestate manu mancipiove sunt*) paraissent exclure les délits. C'est un tort. « Lorsqu'on blesse en effet mon esclave ou qu'on injurie mon fils, dit Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, § 686, p. 521 et la note 2, 1891), c'est bien par eux que j'acquiers les actions *legis Aquiliæ* ou *injuriarium*. Que si un objet compris dans leur pécule vient à être volé ou dégradé, ce n'est plus véritablement à eux que je dois les actions *furti* ou *legis Aquiliæ* ; c'est de mon droit de propriété qu'elles dérivent, et, l'objet fut-il resté en dehors du pécule, elles me compèteraient néanmoins. Cette observation peut expliquer la rédaction des *Institutes* de Gaius, mais elle ne la justifie pas », ajoute cet auteur.

Récemment M. Coppa-Zuccari (1) a donné de ce texte une autre explication.

Il soutient que le fr. 30 ne prévoit pas un cas de compensation de fautes. L'esclave a été frappé *non mortifere*, la chaîne causale commencée avec la blessure ne conduit pas à la mort qui est due exclusivement à la *neglegentiæ domini*. Il manque, dit-il, la coopération causale de l'auteur à la production du résultat définitif, donc *de vulnerato actio erit, non de occiso*.

Cette explication est spécieuse, et cependant elle ne peut, à notre avis, triompher de ce dilemme : ou bien le maître de l'esclave s'est montré négligent et nous ne comprenons pas pourquoi l'auteur de la blessure est tenu de l'action *de vulnerato*, ou bien l'auteur des coups est coupable et nous nous refusons à comprendre pourquoi le maître est encore mêlé à cette affaire (2).

L'opinion de M. Coppa-Zuccari ne nous satisfait pas.

Est-ce à dire que nous devons considérer ce texte

(1) *Op. cit.*, p. 38.

(2) M. Coppa-Zuccari fait à la doctrine de Demelius des critiques de détail. Il lui reproche d'employer le mot tiers (Demelius, *op. cit.*, p. 70), alors que le maître n'est pas un tiers mais le lésé. Dans la suite du texte, Demelius rectifie la dénomination de tiers donnée au *dominus* ; et alors même que le mot tiers eût été employé, le principe mis à la base de la théorie ne pourrait en subir une grave atteinte.

comme prévoyant un cas de compensation de fautes ? Nullement. S'il en était ainsi, les juristes romains eussent appliqué la règle de Pomponius et le maître de l'esclave eût seul subi les conséquences de la mort de ce dernier, or ce n'est point l'hypothèse prévue par le texte : *de vulnerato actio est, non de occiso.*

Ce texte statue bien sur une question de procédure, et c'est du reste la seule explication plausible que nous puissions en donner.

V. — Examen du fr. 52, pr. D. ad leg. Aq., 9.2. Théorie de Mommsen. Critique.

Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur.

Ici l'action *de occiso* est donnée contre l'auteur des coups. L'esclave est mort malgré la science du médecin et la diligence du maître.

Ce texte a donné naissance à une théorie très importante : celle de Mommsen (1).

Mommsen considère que « dans le fr. 52 on ne peut poser la question du lien causal (*nexus causal*) entre le résultat dommageable et le fait sur lequel se fonde l'obligation à la réparation. Il s'agit seulement de savoir s'il y a, entre la mort de l'esclave et la faute de la personne qui a causé le préjudice, un nexus cau-

(1) *Op. cit.*, p. 162 et suiv. *Zur Lehre von dem Interesse.*

sal tel que cette mort permette de fonder une prétention sur l'intérêt (*einen Anspruch auf das Interesse*): c'est-à-dire au dédommagement. La faute consiste dans le manque d'une diligence qui, si elle eût existé, eût été suffisante pour empêcher le résultat illégal d'un fait. Donc pour que quelqu'un soit tenu pour responsable de l'arrivée d'un résultat déterminé et pour que l'on puisse lui imposer la réparation du dommage ainsi causé, il faut que ce même résultat soit dans un rapport tellement étroit avec le fait dommageable, qu'un homme de diligence moyenne eût pu le prévoir comme possible.

Appliquons ce raisonnement au fr. 52. L'auteur des coups est en faute par rapport à la blessure (qu'il aurait pu prévoir), mais non par rapport à la mort (qui n'était pas à prévoir), à supposer même que la mort ne fût pas arrivée sans la blessure. La mort est une conséquence (*Folge*) du résultat (*Erfolg*) illégal ; mais tandis que le résultat — même quand il n'était pas prévu — est imputable à l'auteur des coups, ce dernier ne peut être responsable de la mort, si elle n'était pas prévue (1).

La doctrine de Mommsen soulève une double critique.

(1) Windscheid dans la *Kritische zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, t. II, p. 545, s'élève avec raison contre la distinction que fait Mommsen entre l'effet (effet immédiat : *Erfolg*) et les conséquences de celui-ci (effet médiat : *Folge*).

Les auteurs ne sont point unanimes sur le point de savoir si les dommages prévus et prévisibles sont seuls à réparer. « Qui donc, dit Dernburg (1), voudrait rendre responsable des maladies qui peuvent survenir, celui qui a blessé un individu, alors que le médecin, par son hésitation, en est seul la cause? Ce n'est pas un principe abstrait qui peut, en ce cas, donner une solution, mais bien plutôt une appréciation raisonnable des faits. » La doctrine de Mommsen ne saurait donc, sur ce point, être prise en considération.

D'autre part, d'après Mommsen, c'est sur la possibilité de prévoir les conséquences d'un acte que repose la responsabilité, ce qui fait nécessairement supposer que l'action de frapper est dolosive et non plus fautive. Si elle l'était, l'auteur des coups ne pourrait jamais prévoir les conséquences de son acte.

Nous plaçons ce texte parmi ceux qui sont étrangers à notre sujet (2). On y chercherait vainement

(1) *Pandekten*, t. II, p. 120, note 6.

(2) Pour les raisons que nous venons d'indiquer, le fr. 22, § 4, D. *ratam rem haberi et de ratihabitione*, 46.8, n'a aucun rapport avec notre étude : *Cum autem procurator recte petit, dominus perperam, non debet procurator praestare, ne injuria judicis dominus aliquid consequatur : numquam enim propter injuriam judicis fidejussores obligantur. Verius tamen est hoc casu fidejussores non nisi impensas litis teneri.* Il s'agit d'une caution donnée au défendeur par le *procurator* qui forme une demande fondée, alors que le maître intente une action dont le résultat est douteux. Les cautions (*fidejussores*) qui prennent l'engagement que le véritable intéressé n'agira pas à nouveau contre le défendeur (*cautio ratam rem dominum habiturum*,

le concours de deux fautes à la production d'un dommage. Dans l'hypothèse envisagée au texte, l'action de frapper est l'unique cause de la mort. L'esclave meurt à la suite des blessures qu'il a reçues, malgré la *medici scientia* et la *domini diligentia*.

On a tenté d'autres explications qui ne sont point romaines.

En reprenant la théorie de l'interruption (1) du lien causal déjà présentée par Pernice (2), on a interprété *a contrario* le fr. 52 et on est arrivé à la même conclusion que celle que nous présentons.

Supposons en effet que la cause de la mort de l'esclave se trouve dans l'*inscientia medici* ou la *neglegentia domini*, ces dernières causes, en s'insérant dans la série commencée par les coups, l'interrompent et deviennent l'unique cause de la mort.

Il en est de même dans le fr. 52 : la mort résulte uniquement des blessures.

cautio de rato) (Girard, *op. cit.*, 5e édit., p. 1027) ne seront pas obligées par suite de l'*injuria judicis*, quoique le préjudice qui résulte de cette décision injuste ne fût pas survenu dans le cas où le maître eût ratifié le mandat *ad litem* ; mais les *fidejussores* doivent payer les frais du procès qui ont été inutiles puisqu'il n'y a pas eu de ratification. V. Mommsen, *op. cit.*, p. 160, *Zur Lehre von dem Interresse*.

(1) Sur la réfutation de la théorie de l'interruption du lien causal, voyez Première partie, chapitre II, p. 25.

(2) *Labeo*, t. II, p. 39.

VI. — Examen du fr. 11 pr. D. ad leg. Aq., 92. Il prévoit un cas de compensation de fautes. Opinion de M. Gottschalk.

Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit et sic servi, quem tensor habebat, gula sit præcisa adjecto cultello : in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam : et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur : quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

On distingue dans ce texte trois hypothèses qu'il faut nettement séparer. Paul et Ulpien sont d'opinion différente, Mela laisse la question douteuse.

a) Mela estime que si un coiffeur, en rasant un esclave, coupe la gorge à son client d'un coup de rasoir, parce qu'il a été frappé à la main par la balle d'un joueur, ce dernier, *eum* (le joueur) *lege Aquilia teneri.*

Mela ne s'occupe pas du point de savoir si les autres personnes (l'esclave, le coiffeur) sont en faute et ne suppose pas que le coiffeur rase en un endroit dangereux. C'est seulement dans la troisième hypothèse qu'on fait intervenir cette circonstance. On ne peut donc pas la sous-entendre ici. Il ressort claire-

ment de l'antithèse qui existe entre la décision relative à la première partie du passage (*eum Aquilia teneri*) et l'opinion de Proculus (*Proculus in tonsore esse culpam*) que *eum* se réfère à la première partie du passage.

b) Proculus, au contraire, pense que le barbier est en faute. Et il justifie sa solution en s'appuyant sur ce fait que le barbier rase dans un endroit où on a coutume de jouer et où il passe beaucoup de monde. Il est donc juste de lui faire supporter les conséquences dommageables produites par sa négligence.

Ulpien suit sur ce point l'opinion de Proculus, comme le prouve l'expression *est quod ei imputetur*.

c) Mais le lésé (l'esclave), dit Ulpien, n'a à se plaindre que de lui-même (1), *ipsum de se queri debere*, s'il se livre à un barbier qui est établi dans un lieu dangereux.

Il y a donc dissentiment entre Proculus et Ulpien (dissentiment qui est indiqué par l'adverbe *quamvis*), non pas sur le fait de la culpabilité ou de la non-culpabilité du barbier, car ils le considèrent tous deux comme coupable, mais sur ce seul point : quelle est l'étendue de l'obligation imposée au coiffeur dans la réparation du dommage.

Nous sommes en présence de deux fautes nettement caractérisées.

(1) Traduction littérale.

« Sans doute, dit Ulpien, le coiffeur est en faute, et il devrait en répondre, mais, puisque l'esclave est également en faute pour s'être fait raser dans un endroit aussi dangereux, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même et il serait mal fondé à réclamer des dommages-intérêts. »

Quand Ulpien emploie l'expression *de se queri debere*, il ne veut pas dire par là que le client — l'esclave dans notre cas — devra imputer exclusivement à lui-même le dommage qu'il subit : donner un tel sens à ce membre de phrase serait le mettre en contradiction évidente avec le début de l'autre : *et sane si ibi tondebat*. Ulpien a seulement voulu dire que par l'effet de la faute du lésé, l'*actio legis Aquiliae* ne peut être invoquée et que la responsabilité du coiffeur n'existe plus (1).

Selon M. Gottschalk (2), « la responsabilité du coiffeur disparaît, car en mettant en balance les deux fautes, c'est celle de l'esclave qui l'emporte ».

La doctrine de M. Gottschalk est inexacte. La faute de l'esclave et du barbier ont une égale impor-

(1) Pernice, *Sachbeschäd*, p. 60, *in fine*, rattache fort bien le membre de phrase « *quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commisserit, ipsum de se queri debere* », à la règle de Pomponius (fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17). Ce qui justifie pleinement l'interprétation que nous donnons de l'expression « *de se queri debere* ».

(2) *Op. cit.*, p. 58, et sur la critique de sa théorie, 1re partie, chap. III, p. 29.

tance, seulement chacun d'eux subit les conséquences de sa propre faute par application de la règle de Pomponius (1).

Concluons donc que le fr. 11 solutionne un cas de compensation de fautes, parce que les deux fautes (celle du barbier et celle de l'esclave) coopèrent toutes deux à la production d'un seul événement dommageable : la blessure causée à l'esclave.

Peut-on cependant soutenir que la responsabilité du *tonsor* est exclue, parce que la chaîne causale entre le fait fautif du *tonsor* (raser) et le dommage est interrompue ?

S'il en était ainsi, pourquoi dans l'hypothèse où on suppose que quelqu'un s'est confié à un tonsor en un endroit dangereux (*et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat*), n'aurait-on pas admis la même solution que dans la dernière : *quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere* ?

Il faut donc conclure que la raison du dissentiment entre Proculus et Ulpien se trouve dans le membre de phrase *si in loco periculoso...* parce que dans ce cas seul et dans celui-là seulement, il y a coopération causale du lésé à la production du dommage (2).

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Plog (*Die s. g. kulpakompensation bei schadensersatzansprüchen*

VII. — Hypothèse prévue dans le fr. 62, D. de furtis, 47.2. Cas de compensation de fautes.

Dans le fr. 62. D. *de furtis*, 47.2, qui prévoit une hypothèse d'une analyse assez délicate, on nous met en présence d'un esclave mandataire ou confié à autrui en dépôt, qui vole le tiers avec qui il aurait dû traiter ou bien le dépositaire. On se demande si le

nach romischen Rechte, 1896, cité par M. Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 34) voit dans le fr. 11 pr. D. *ad leg. Aq.*, 9.2 un exemple évident d'interruption du lien causal. « Le coiffeur, dit-il, a absolument manqué à la *diligentia diligentis patrisfamiliæ*, puisqu'il a exercé son métier dans un endroit si dangereux que chacun aurait prévu ou aurait pu prévoir ce qui est réellement arrivé. Il a donc causé, et causé par sa faute, le dommage. Il est dégagé de toute responsabilité, parce que la faute coopérante de l'esclave constitue une nouvelle cause de dommage qui s'intercale, en l'interrompant, dans la série causale découlant du fait fautif du coiffeur. » Cette théorie est fausse parce qu'elle a un point de départ inexact. Pour que l'on puisse parler de l'interruption d'un lien causal par une autre cause qui vient s'intercaler dans la chaîne causale précédemment développée, il faut nécessairement supposer — quand on admet cette théorie — que la cause interruptrice a suivi dans le temps celle qui donne l'impulsion à la série causale. Plog considère comme première cause, au point de vue du temps, le fait de raser et comme seconde le fait par l'esclave de se confier au coiffeur, ce qui lui permet de dire que c'est l'esclave qui doit *de se queri debere* et non le coiffeur. Or le texte prévoit, comme première cause du dommage, la faute de l'esclave et comme seconde : le fait de raser. En appliquant la théorie de l'interruption de la connexion causale, on arrive à cette singulière conclusion d'imposer au coiffeur la réparation intégrale du préjudice causé, comme si l'esclave était exempt de toute faute : ce qui est manifestement contraire à la décision d'Ulpien.

mandant ou le déposant « *damnum praestari debeat* ».

On répond que celui-ci est sans doute en faute, § 5 : « *Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.* » Africanus ajoute au paragraphe 7 : « *Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat : ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.* »

En affirmant dans le paragraphe 5 que le mandant et le déposant sont en faute, Africanus formule deux hypothèses. Si le tiers ou le dépositaire n'est pas en faute, le mandant ou le déposant doit réparer le dommage. Mais si, à la faute du mandant ou du déposant, se joint celle du tiers ou du dépositaire pour coopérer à la production du dommage, si, en d'autres termes, elles sont rattachées par une chaîne causale assez forte pour que la faute de l'un soit la conséquence de la faute de l'autre : *aliter existimandum est* ; c'est-à-dire que le mandant et le déposant ne sont pas tenus de dédommager le tiers ou le dépositaire (1).

(1) Cf. Wendt, *op. cit.*, p. 142 et 159, dans les *Iherings Jahrbücher*.

Certains auteurs qui veulent, coûte que coûte, justifier des résultats pratiques par des doctrines étrangères au droit romain, ont fait intervenir encore ici la théorie de l'interruption de la connexion causale.

La connexion qui existe entre le fait fautif du mandant ou du déposant et le dommage qui est provoqué par la faute du tiers ou du dépositaire, est interrompue par ce fait même, qui deviendrait ainsi la cause unique du résultat et qui ferait retomber toute la responsabilité sur le tiers ou le dépositaire.

On ne peut parler d'interruption que lorsque la nouvelle cause est indépendante de la chaîne causale qui a commencé par le fait fautif du mandant ou du déposant, en d'autres termes la nouvelle cause doit produire à elle seule le résultat. Or, dans notre cas, le fait fautif du tiers ou du dépositaire n'est survenu que par suite de la faute du commettant ou du déposant, la connexion causale n'est donc pas interrompue (1).

Il s'agit tout simplement d'un cas de coopération fautive et causale du lésé et du tiers à la production du dommage (conséquence du vol), d'un cas de compensation de fautes. Le mandant et le déposant ne seront pas obligés de réparer le dommage, comme le prouve l'expression finale du texte : « *aliter existi-*

(1) Sur la critique de la théorie de l'interruption du lien causal, voyez première partie, chapitre II, p. 25.

mandum est », et conformément à la règle de Pomponius (1).

L'examen du texte nous amène à cette conclusion qu'en matière délictuelle, le droit romain prive la victime du droit de réclamer une indemnité lorsqu'elle a par un acte fautif positif contribué à l'amener (2).

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Sur l'explication de la règle de Pomponius, fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17. Voyez chap. IV, p. 86 et suiv.

CHAPITRE II

LA COMPENSATION DES FAUTES DANS LES CONTRATS (EXAMEN DES TEXTES).

La théorie de la compensation des fautes en matière contractuelle présente des difficultés d'autant plus grandes que le point de départ de toute la théorie se trouve plus discuté.

Mommsen est le premier auteur qui a su relier par une même pensée les textes qui intéressent notre sujet et telle a été la fortune de sa doctrine qu'elle a été adoptée par de nombreux romanistes.

Cet auteur part du principe suivant : « Le dommage ne peut entrer en ligne de compte, si ce dommage a pu être évité par le lésé en faisant montre d'une diligence ordinaire (1). » Donc le débiteur qui n'exécute pas son obligation doit répondre de tous les dommages qui sont causés par l'inexécution, mais non pas de ceux que le créancier, en exerçant la diligence d'un *diligens paterfamilias*, aurait pu éviter. C'est ainsi que dans les contrats (2), la règle de

(1) *Op. cit.*, *Zur Lehre von dem Interesse*, p. 157.

(2) La doctrine de Mommsen ne s'applique bien entendu qu'aux contrats de bonne foi, où le débiteur est tenu, suivant certaines gradations, non seulement de ses fautes de commission, mais de ses fautes d'abstention ; dans les contrats de droit strict au

Pomponius (1) reçoit son application. Mais, a-t-on dit (2), si l'inexécution et par conséquent le dommage qu'elle cause découle de la faute seule du débiteur, et le plus grand dommage de la faute seule du créancier, on ne peut plus parler de faute coopérante et de compensation.

Il est facile de répondre à cette objection.

Pour que les fautes coopèrent à la production de l'événement dommageable, il est nécessaire et suffisant que la première faute soit rattachée à la seconde par un lien aussi étroit que possible.

Or des exemples pris dans les *Pandectes* vont prouver surabondamment que la théorie de Mommsen correspond point en point aux déductions qui sont admises dans les textes.

I. — Examen du fr. 21, § 3, D. de act. empt. vend., 19.1. Opinion de M. Coppa Zuccari. Critique.

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit : neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit : nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur.

contraire, c'est le fait actif du débiteur et non la simple négligence qui fonde la responsabilité. Cf. Girard, *op. cit.*, p. 652, 5e édit.

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 47.

Si le vendeur refuse de faire la délivrance de la chose, il doit être condamné envers l'acheteur à lui tenir compte de tout ce dont ce refus le prive. Il doit réparer le dommage qui *modo circa ipsam rem consistit*, c'est-à-dire celui qui est seulement un effet de l'inexécution, mais non pas celui qui n'aurait pas eu lieu si l'acheteur s'était montré d'une diligence ordinaire pour l'éviter. On ne prendra pas en considération le gain que l'acheteur aurait fait avec le vin qu'il a acheté, s'il en eût fait commerce. De même, continue le texte, si un homme a acheté du blé et que, le blé n'étant pas livré, ses esclaves soient morts de faim, il ne pourra redemander que la valeur du blé et non pas celle des esclaves morts à cette occasion.

« L'inexécution, dit M. Coppa Zuccari (1), n'est pas la cause du gain manqué, ni de la mort des esclaves, imputables seulement à la faute de l'acheteur. Etant donné qu'en temps normal le vin et le blé se trouvent sur tous les marchés, le créancier pouvait et devait en acquérir pour réaliser un gain éventuel et nourrir ses esclaves. »

Tel est le raisonnement que M. Coppa Zuccari présente pour enlever à notre texte tout rapport avec la théorie de la compensation des fautes.

Nous repoussons complètement les conclusions de cet auteur.

(1) *Op. cit.*, p. 48.

Prétendre que le gain manqué et la mort des esclaves sont dus à la faute de l'acheteur seul, c'est bouleverser la technique juridique. Le vendeur est tenu d'une obligation de délivrance ; s'il ne l'exécute pas, l'acheteur qui a fait confiance au vendeur, va subir un dommage qui doit être réparé dans ses conséquences ; mais le vendeur doit-il tenir compte à l'acheteur des dépenses que ce dernier a été obligé de faire par suite de cette inexécution ?

Le droit romain répond par la négative, non pas parce qu'il nie le rapport de causalité, mais bien plutôt parce que la faute de l'acheteur vient restreindre la responsabilité du vendeur, qui normalement devrait réparer le dommage qui est la suite de l'inexécution (*lucrum cessans*). S'il avait été diligent comme doit l'être un bon père de famille, il eût évité ce dommage. Il a donc négligé les mesures qui étaient en son pouvoir pour détourner le préjudice, il est la cause du dommage (1), et il doit subir les conséquences de ce dommage qu'il a causé conformément à la règle : « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (2). »

Il résulte de tous ces développements qu'une faute existe à la charge de chacune des parties (inexécution du vendeur — *culpa levis* de l'acheteur qui

(1) Voyez à ce sujet Dernburg, *Pandekten*, II, § 45, note 3, p. 119 et suiv.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

ne s'est pas montré assez diligent). Ces deux fautes sont entre elles dans un rapport très étroit : l'une est la cause de l'autre.

En effet, si le contrat avait été exécuté, la question de savoir si l'acheteur s'était montré diligent dans ses affaires ne se serait pas posée.

« Nous sommes en présence d'une véritable compensation de deux prétentions réciproques et nous constatons ce résultat que la prétention du plaignant disparaît parce qu'elle est couverte par la contre-prétention de celui contre lequel on agit (1). »

La doctrine de M. Coppa Zuccari doit donc être rejetée.

II. — Examen du fr. 11, § 12, D. de act. empt., 19.1.

Idem libro secundo responsorum ait emptorem noxali judicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit : idemque putat et si ex stipulatu aget : et sive defendat noxali judicio, sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilo minus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse.

On a vendu un esclave qui a causé préjudice à quelqu'un, le vendeur est tenu de réparer le dommage que l'acheteur souffre du fait qu'une *noxa* est attachée à l'esclave.

En quoi consistera cette réparation ? Suppo-

(1) Demelius, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 66.

sons que l'esclave noxal a été vendu 1.000 et on réclame à l'acheteur l'esclave ou la somme de 800. L'acheteur devra-t-il remettre 800 ou 200 ? Le texte nous dit que l'acheteur ne peut réclamer que ce qui a dû lui en coûter de moins pour se libérer de l'action noxale, c'est-à-dire que si l'acheteur verse la somme de 800, le vendeur ne paiera que cette somme (1).

Il en est de même dans le cas où le vendeur s'est engagé à lui fournir l'esclave libre de toutes poursuites.

Nous sommes ici en présence d'un cas analogue à celui que nous venons de discuter.

Le vendeur qui livre un tel esclave est en faute, l'acheteur de son côté n'a pas été diligent, l'action noxale qui relie entre elles ces deux fautes rejaillit en fin de compte sur le vendeur qui est seulement obligé — en vertu des principes que nous avons exposés — de verser une somme égale à celle qui, le cas échéant, eût été donnée par l'acheteur : *ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit* (2).

(1) Cf. Wendt., *op. cit.*, p. 143, dans les *Iherings Jahrbücher.*

(2) Cf. Mommsen, *op. cit.*, p. 158, *Zur Lehre von dem Interesse*, et Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1047, § 884 : « Ce que l'on doit, dans l'action noxale, ce n'est pas la peine attachée au délit, c'est la *deditio noxalis* ; et cependant on permet au maître de se libérer en payant la peine, on le lui permet non seulement après la sentence, alors que l'objet de son obligation se trouve transformé, mais même avant toute poursuite. »

III. — **Une solution analogue nous est présentée dans le fr. 23, § 8, D. aed. ed., 21.1.**

Quare sive emptori servus furtum fecerit sive alii cuilibet, ob quod furtum emptor aliquid praestiterit, non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum praestiterit. Quid ergo, inquit Julianus, si noluerit venditor hominem recipere ? non esse cogendum ait quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur : et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre : et videtur mihi Juliani sententia humanior esse (1).

Quel va être l'effet, dit Julien, du refus opposé par le vendeur de reprendre l'esclave qui a volé l'acheteur.

Et il décide que le vendeur ne doit fournir aucune indemnité à l'acheteur, si ce n'est le prix qu'il a reçu de l'acheteur.

L'acheteur actionné relativement au délit de son esclave pourrait faire la *noxae deditio*, il préfère payer la somme afférente au préjudice souffert par le demandeur ; aussi le vendeur qui est en faute pour avoir livré un tel esclave le repoussera-t-il, lorsque l'acheteur lui réclamera une indemnité, en invoquant la règle de Pomponius (2).

(1) Cf. Mommsen, *op. cit.*, p. 158, *Zur Lehre von dem Interesse*, et Wendt, *op. cit.*, p. 143, dans les *Iherings Jahrbücher.*

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

Texte en matière d'impenses.

IV. — **Examen du fr. 45, § 1, D. act. empt., 19.1.**

Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit : nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. [*Quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat.*] *Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

Si le vendeur a vendu une chose qui appartient à autrui, il doit indemniser l'acheteur évincé des dépenses qu'il a faites, mais de cela seulement, car lui acheteur, en le supposant plus diligent, n'aurait pas dû acquérir un pareil terrain. Cette solution s'explique facilement, dit le texte, par ce fait que l'acheteur a négligé de repousser le maître par l'exception de dol.

Mais si l'acheteur n'est plus en possession d'un bâtiment ou d'un esclave qu'il a acheté à un *non dominus*, il ne pourra réclamer dans ce cas au vendeur que le prix d'achat et non pas les impenses qu'il a pu faire.

L'acheteur évincé d'une propriété qu'il a amélio-

rée ne peut prétendre se faire indemniser de la perte de la chose estimée à sa valeur intégrale au jour de l'éviction qu'autant qu'il n'a pu obtenir du revendiquant que celui-ci lui rende les impenses ; c'est dans cette mesure qu'il aura à supporter lui-même le dommage (1).

« L'acheteur, dit Demelius, qui accepte en principe la théorie de Mommsen, a négligé vis-à-vis du tiers qui exerce l'action en éviction d'user du droit de rétention qui lui appartient en raison des impenses qu'il a faites sur la chose : ce qui lui enlève le droit de se faire dédommager de ses impenses par le vendeur (2). »

L'acheteur qui a commis une faute doit donc diminuer d'autant ses prétentions contre le vendeur qui, s'il avait été actionné par l'*actio empti*, eût été dans l'obligation d'indemniser l'acheteur du préjudice qu'il lui a causé par sa faute (3).

La règle de Pomponius (4) intervient ici pour légitimer la restriction que les textes imposent aux droits de l'acheteur qui a acquis une chose d'un *non dominus* (5).

(1) Cf. Mommsen, *op. cit.*, *Zur Lehre von dem Interesse*, p. 158. A remarquer, en ce qui concerne les effets du dol dans les contrats, la partie finale du texte et la note 22, p. 158.

(2) Demelius, *op. cit.*, p. 66, dans les *Iherings Jahrbücher*.

(3) Wendt, *op. cit.*, p. 143, dans les *Iherings Jahrbücher*, et Girard, *op. cit.*, 5e édit., p. 559.

(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(5) Dans la partie finale du fr. 38, D. *de reivindicatione*, 6.1, on

Textes en matière d'éviction.

V. — Examen du fr. 29, § 1, D. de evict., 21.2. Doctrine de Mommsen. — Critique.

Si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita autem utiliter non poterit, vel ipso jure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita,si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.

L'acheteur qui a perdu par sa faute la possession de la chose achetée n'a plus de recours à exercer contre son vendeur parce qu'il n'est plus en possession. Il ne peut rien réclamer au vendeur, et cet acheteur, dans le cas où il agirait, se verrait repousser par une exception de dol, malgré la stipulation faite à son profit.

nous parle de déduction des impenses et de condamnation au reliquat (*Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit : nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es*). Ce texte n'a aucun rapport avec la théorie de la compensation des fautes. M. Appleton, *op. cit.*, p. 371, étudie ce texte dans la section qu'il consacre au système de la compensation opérée par le juge en vertu de l'exception de dol insérée dans la formule. Mais il a soin de faire remarquer (p. 372) que dans la partie finale du texte, qui seule nous intéresse, « il s'agit évidemment d'un propriétaire qui n'aurait pas fait lui-même cette dépense, ou qui n'a pas d'argent pour la payer bref, d'un demandeur à qui l'on ne peut reprocher le moindre dol. Par conséquent, ce n'est pas par le moyen de l'exception de dol que le possesseur pourra ici se faire indemniser ». Sur l'authenticité de ce texte attribué à Celse, voyez Girard, *op. cit.*, p. 344, 5e édit.

« On doit considérer, dit Mommsen (1), que la perte de la chose résulte dans ce cas autant de l'absence du droit de propriété chez le vendeur que de la négligence de l'acheteur », ce qui nous explique pourquoi, dans le cas où l'acheteur agira contre le vendeur, ce dernier repoussera l'acheteur en invoquant la règle de Pomponius (2) ; *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.* N'est-ce pas en effet se montrer négligent que de perdre la possession d'une chose achetée à un *non dominus* ?

Telle est l'interprétation que Mommsen nous propose de ce fragment (3). Elle nous paraît contraire à la théorie que cet auteur a adoptée jusqu'ici.

« Chacun, dit Mommsen (4), doit supporter les conséquences de sa propre négligence », c'est ce qu'exprime clairement et simplement le fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17. Or, si l'acheteur ne s'est pas montré diligent en se débarrassant d'un fonds acquis d'un *non dominus*, la responsabilité du vendeur n'est pas mise en jeu; il est de plein droit (*ipso jure*) libéré de l'engagement qu'il a contracté vis-à-vis de l'acheteur par la stipulation. Sans doute l'acheteur a perdu

(1) Mommsen, *op. cit.*, p.159, *Zur Lehre von dem Interesse.*

(2) Fr., 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(3) Dans le même sens, voyez Demelius, *op. cit.*, p. 66 et Wendt, *op. cit.*, p. 143, dans les *Iherings Jahrbücher* ; remarquons toutefois que Demelius, *op. cit.* p. 66, ne cite pas le fr. 29 ; il se contente d'énoncer un principe d'une portée générale.

(4) Mommsen, *op. cit.*, p.157 et suiv., *Zur Lehre von dem Interesse.*

la possession par sa faute ou volontairement, mais le défaut de droit chez le vendeur ne peut être assimilé à une faute. Le fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, n'est donc pas applicable à notre hypothèse.

VI. — Examen du fr. 56, § 3, D. de evict., 21. 2. Doctrine de Mommsen. Critique.

Si, cum possit usu capere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur : unde si evictus est servus, non tenetur venditor.

L'acheteur est en faute s'il n'a pas usucapé avant l'éviction. Il ne peut donc se retourner contre son vendeur. « L'acheteur, dit Mommsen, perd la propriété de la chose vendue par sa faute et par suite de l'absence du droit de propriété chez le vendeur (1). »

Les actions *empti et ex stipulatu* « supposent que le préjudice résulte du défaut de droit du vendeur : par conséquent elles ne peuvent s'appliquer quand il résulte de la faute d'autrui » (2).

Nous concluons de là que la règle de Pomponius, qui suppose que chacune des parties est en faute, est inapplicable dans l'hypothèse du fr. 56 (3).

(1) Mommsen, *op. cit.*, p. 159, *Zur Lehre von dem Interesse*.

(2) Girard, *op. cit.*, 5e édit., p. 561.

(3) Wendt, *op. cit.*, p. 143, dans les *Ihering Jahrbücher*, cite le fr. 56, § 1, D. *de evict.*, 21.2 : *Si compromisero et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem : nulla enim necessitate cogente id feci*. On suppose qu'un acheteur est évincé et fait un compromis. Il est condamné par les arbitres nommés pour trancher le différend. Paul décide qu'il n'a aucune action contre le vendeur à raison de cette éviction, rien ne l'a

VII. — Examen du fr. 66 pr., D. de evict., 21. 2. Doctrine de Mommsen. Critique.

Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio...

Mommsen (1) reproduit, au sujet de ce texte, la même doctrine : la perte de la chose résulte autant du défaut de droit chez le vendeur que de la négligence de l'acheteur qui, malgré les conseils du vendeur, s'est servi de la revendication au lieu de l'action publicienne *in rem* pour obtenir le fonds de celui qui l'a actuellement en sa possession.

A supposer que l'acheteur soit négligent pour avoir fait l'achat d'un pareil terrain, on ne peut véritablement soutenir que le vendeur est en faute parce qu'il a aliéné un fonds dont il n'était pas propriétaire. L'acheteur perd la propriété de la chose par suite de sa propre faute, et l'action *ex stipulatu* (2) ne lui est d'aucune utilité : c'est tout ce que dit le texte.

Mommsen échoue donc dans la tentative d'adaptation de sa théorie à la matière de l'éviction.

forcé à faire ce compromis. Le fragment, loin d'apporter un argument en faveur de la théorie de Mommsen, ne fait que confirmer la thèse que nous adoptons au texte. — Cf. Mommsen, *op. cit.*, *Zur Lehre von dem Interesse*, n. 23, p. 159.

(1) Mommsen, *op. cit.*, p. 159. *Zur Lehre von dem Interesse.*

(2) Sur l'action *ex stipulatu*. V. Girard, *op. cit.*, p. 559 et suiv., 5e édit.

VIII. — **Le fragment 23, D. commod., 13.6 et la doctrine de M. Coppa Zuccari. — Critique de cette doctrine.**

M. Coppa Zuccari (1) a découvert un cas de compensation de fautes dans le fr.23, D. *commod.*,13.6 :

Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati : nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.

Le texte indique que le dommage est dû exclusivement à la faute du commodant (*nam ego in culpa ero*) qui seul en subit les conséquences.

Il semble donc que ce texte ne vise pas un cas de compensation de fautes, pour cette raison bien simple que nous ne nous trouvons pas en présence de deux fautes.

En examinant le texte plus attentivement et en s'appuyant sur un membre de phrase : « *si nulla culpa tua interveniente* », M. Coppa Zuccari a cru découvrir, au moyen d'un argument *a contrario*, le principe dominant de la compensation des fautes dans les contrats.

Si *a contrario* une faute du commodataire intervient, la faute du lésant enlève à celle du lésé son importance juridique ; elle est en quelque sorte absorbée par celle du lésant qui doit supporter tout le

(1) *Op. cit.*, p. 49 et suiv.

dommage. De droit commun le commodataire est débiteur d'un corps certain qu'il est obligé de rendre à l'échéance, sauf en cas de perte par cas fortuit. Si, par son manque de soins, la chose qui lui a été remise se trouve détériorée, le commodataire qui se libérerait dans le cas où la détérioration serait due à la faute du commodant (*non teneris commodati*) doit, *a contrario*, réparer le dommage en cas de faute de part et d'autre. Dans les contrats, on ne peut donc pas dire que l'obligation de réparer n'existe plus quand on se trouve en présence de deux fautes, mais il faut plutôt imposer tout le poids de la réparation au débiteur, au lésant seul.

Nous repoussons la doctrine de M. Coppa Zuccari.

Il est étonnant, surprenant même, qu'un seul texte ait le privilège de contenir toute la doctrine de la compensation des fautes dans les contrats. Si telle était vraiment la théorie admise sur ce point par le droit romain, bien des textes en eussent fait l'application ; or nous n'en trouvons pas.

Ce fragment n'a pas la portée que M. Coppa Zuccari veut lui donner, et ce n'est point un argument *a contrario* tiré d'un membre de phrase « *si nulla culpa tua interveniente* » qui donne le droit d'établir toute une doctrine.

« S'il n'existe aucune faute de ta part, dit le texte, tu ne seras pas tenu de l'action *commodati*. C'est moi qui serai en faute, moi qui t'aurai loué pour une

si longue course un cheval qui était incapable d'en supporter la fatigue. »

Les deux fautes s'excluent l'une et l'autre : ou bien le commodataire est en faute (argument *a contrario* de M. Coppa Zuccari), et il est tenu de l'*actio commodati*, ou bien le commodant prête un cheval en mauvais état et il doit s'en prendre à lui-même si les choses ont mal tourné.

Aucune des deux fautes n'entraîne comme conséquence la faute de l'autre ; si l'une survient, l'autre nécessairement ne peut exister, et c'est précisément ce que suppose le texte.

Mais — et c'est l'objection la plus grave — l'argument *a contrario* est défiguré et employé par M. Coppa Zuccari contrairement aux règles de l'interprétation juridique.

Cet argument ne procède valablement qu'autant qu'il ramène à une règle de droit commun connue et acceptée par tous. Où se trouve formulée cette règle de droit commun que M. Coppa Zuccari croit rencontrer dans le fr. 23, D. *commod.*, 13.6, après l'avoir soumis à l'épreuve de l'argument *a contrario* ? Nous ne la trouvons pas, et on la chercherait vainement dans les textes.

Le fr. 23 est étranger à notre sujet, et nous dirons avec M. Wendt (1) qu'il ne prévoit pas un cas de

(1) Wendt, *op. cit.*, p. 148, note 6. *Contra*, Pernice, *Labeo*, t. II, p. 36 et suiv.

compensation de fautes. Le commodataire est déclaré exempt de toute faute ; il s'est servi du cheval conformément aux usages.

Remarquons enfin que si le commodataire est dégagé de toute responsabilité, ce n'est pas en vertu d'une prétendue interruption du lien causal, interruption produite par la faute du commodataire entre le fait du commodant et le résultat dommageable. Il n'existe qu'une faute, et elle consiste dans le fait pour le commodant d'avoir prêté son cheval pour un *tam longum iter*.

Restent deux textes que certains auteurs ont considérés comme une application du principe de Pomponius (1). Ce sont les fr. 5, § 7, D. *commod.*, 13.6 et 10 pr., D. *de compensationibus*, 16.2.

Ils sont complètement étrangers à notre sujet, mais les nombreuses controverses qu'ils ont suscitées, principalement le fr. 10, pr. D. *de compensationibus*, 16.2, nous mettent dans l'obligation de les étudier.

IX. — Examen du fr. 5, § 7, D. commod., 1.36.

...Si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis : idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum.

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

Ce texte prévoit deux hypothèses nettement distinctes et qu'il est nécessaire de séparer.

a) Si le commodataire conduit à la guerre un cheval qu'on lui a prêté pour l'utiliser à la campagne, et si le cheval est blessé, le commodataire doit répondre du dommage, il n'a pas observé les conditions du contrat.

b) Mais si on lui a prêté le cheval pour faire la guerre, celui qui l'a prêté doit supporter tout le risque et subir le dommage qui éventuellement peut se produire.

A moins de supposer que le commodant est en faute rien que pour avoir fait un tel prêt — ce que le texte ne suppose pas — il est difficile, pour ne pas dire impossible, de trouver deux fautes coopérantes en connexion causale l'une avec l'autre (1).

X. — **Examen du fr. 10, pr. D. de compensationibus, 16.2. — Opinion de Pernice, doctrine de Dernburg. — Critique de Demelius. — Essai d'une explication nouvelle. — Réfutation.**

Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione neglegentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam neglegentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem.

(1) Cf. dans le même sens, Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 43.

Le texte formule deux hypothèses : ou bien les deux associés se sont rendus coupables d'une semblable négligence dans la gestion des affaires de la société et ils cessent d'être obligés l'un envers l'autre, ou bien, parmi les associés, l'un a perçu une somme lors du règlement d'une affaire qui les intéresse tous deux et l'autre s'est rendu coupable d'une négligence que l'on peut estimer à la même somme ; dans ce cas, on fera compensation et les associés seront libérés de plein droit.

Pernice (1) étudie ce texte dans le paragraphe qu'il consacre à la compensation en matière délictuelle.

« Personne n'est tenu de restituer un bénéfice acquis injustement, lorsque celui auquel un préjudice est causé par suite de cet enrichissement a eu lui-même une conduite blâmable. »

Telle est l'idée que cet auteur semble mettre à la base du fr. 10. Ce texte serait l'expression d'un principe d'équité, et c'est, selon nous, la seule portée que Pernice a voulu donner à ce fragment (2).

Des auteurs ont voulu voir un cas de véritable

(1) *Labeo*, t. II, p. 34.

(2) M. Coppa Zuccari semble avoir dénaturé quelque peu la pensée de Pernice. Dans la note 1, *op. cit.*, p. 44 il soutient que Pernice range ce texte parmi ceux qui sont relatifs à la compensation des délits, mais il remarque — ce qui est fort contestable — que ce peut être vrai seulement dans le cas prévu au paragraphe 2.

compensation de fautes dans le fragment 10, et il nous appartient de rechercher si leurs théories méritent notre approbation.

Dans la première partie du texte, on semble bien nous mettre en présence d'un cas de compensation de fautes. On y parle d'une compensation de négligence qui se traduit par l'inexistence d'obligations à la charge des deux parties (*desinere nos invicem esse obligatos*) et par l'impossibilité de réclamer la réparation du dommage subi du fait de cette négligence.

Dans la seconde partie du texte, on nous met en présence d'un cas de compensation de dettes, comme le prouve le membre de phrase : « *quae eadem quantitate aestimatur* ».

Dernburg (1) retient ce texte parmi ceux qui résolvent un cas de compensation de fautes.

Dans un passage que nous retenons spécialement comme étant l'expression très nette de sa doctrine, il s'exprime ainsi : « Si deux associés sont également insouciants, s'ils négligent les affaires de la société à un même degré (l'un en passant la journée à la chasse, l'autre en allant aux bains), leur faute se ramène au minimum. Aucun d'eux ne peut demander à l'autre des dommages-intérêts en s'appuyant sur le préjudice qui lui a été causé par la négligence de son coassocié ; ce préjudice est considéré comme

(1) Cf. *Kompensation*, p. 323 et suiv., cité par Demelius, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 54.

compensé, lors même que par la légèreté de l'un la perte s'élèverait à des milliers, et que par celle de l'autre, la société subirait un dommage de cent. » Nous sommes en présence d'un cas de compensation de fautes ; on parle en effet de fautes de même gravité, sans tenir compte de l'étendue du dommage auquel ces fautes donnent lieu.

Demelius (1) a réduit cette opinion à sa juste valeur.

« Cette explication, dit-il, d'après laquelle le *par neglegentia* équivaudrait à la *neglegentia*, ce qui nous entraînerait à adopter cette conséquence que la faute se compenserait elle-même et non les obligations qui en résultent — je la tiens en fait pour une impossibilité, d'abord pour des raisons intrinsèques. Il serait vraiment tout à fait exorbitant de considérer comme également négligents, deux associés dont l'un exposerait la société à perdre 10 et l'autre 1.000. Et nous n'aurions aucune raison de distinguer le cas où il est possible d'évaluer la perte de celui où ils s'occupent exclusivement de leurs plaisirs. Devrait-on adopter la décision de Dernburg si deux personnes endommageaient, par suite de leur négligence, un immeuble commun, une maison par exemple, l'un en cassant un carreau, l'autre en la laissant brûler en partie. Et qu'arrive-

(1) *Op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 54 et suiv.

rait-il si ce dommage résultait non d'une simple inadvertance, mais d'une négligence impardonnable ?

« Mais, continue-t-il, abstraction faite de ces considérations, la suite du fragment est absolument contraire à la théorie de Dernburg. Ulpien ajoute en effet : « Il faut faire le même raisonnement dans le cas où un associé a perçu, à l'occasion d'une chose commune, une certaine somme et où l'autre s'est rendu coupable d'une négligence qui est estimée à la même somme ; la compensation est censée faite, et ils sont libérés de plein droit l'un vis-à-vis de l'autre. Il ne faut pas oublier que, dans la seconde partie de la citation, le « *tantam neglegentiam, quae eadem quantitate aestimatur* » répond parfaitement au « *par neglegentia* » et l'explique. Si le fragment, examiné sous cet aspect, repose sur la même considération juridique « *simili modo probatur* », comment comprendre que l'on vienne, en ce qui concerne la quantité du dommage causé, apporter à la seconde partie du texte une restriction, dont on ne peut tenir compte, d'après Dernburg, dans la première ? On doit conclure de tout ce qui précède, que l'explication que donne déjà la glose du *par neglegentia* est exacte : « *par neglegentia est, quae par damnum attulit.* »

Demelius établit donc que le fr. 10 se réfère à une véritable compensation de dettes.

On a voulu, malgré la force de l'argumentation de Demelius, rapporter le fragment cité à la théorie de la compensation des fautes, en faisant intervenir dans la discussion un élément nouveau que, d'après certains auteurs, on chercherait vainement dans les textes : le « *commune negotium neglectum.* »

Le *par neglegentia* du texte se rapporte, a-t-on dit, à un « *commune negotium neglectum* ». Comme Ulpien ne peut évaluer l'importance du dommage causé par l'une et l'autre faute — ce qui serait nécessaire pour déterminer le caractère de gravité des fautes — il les rend égales et les compense.

De plus, on remarque que chaque associé est cause non seulement du dommage que l'autre subit, mais de celui qui retombe aussi sur lui-même, et on affirme que le fragment 10 prévoit un cas de compensation de fautes. Le dommage subi par chaque associé, n'est pas dû seulement à la faute de l'un d'eux, mais encore à cette faute et, en même temps, à la propre faute de l'autre.

Plusieurs arguments peuvent être opposés à cette doctrine.

Toutefois, il nous semble bien difficile de ne pas adopter l'expression *commune negotium neglectum*. Sans doute ce n'est point l'expression du texte, nous en convenons, mais si cette expression n'a pas été employée par Ulpien, l'idée même se trouve dans le fragment 10. Dans le paragraphe 2 on parle d'une

res communis. Si la négligence porte sur une affaire dont les intérêts sont communs aux deux associés, n'est-on pas en droit de dire que, si l'un et l'autre sont négligents, cette communauté d'intérêts en souffrira nécessairement ? Ce qui justifie amplement l'expression « *commune negotium neglectum* ».

L'un et l'autre ont contribué à production du dommage, mais peut-on dire qu'il y a compensation de fautes ?

Ils subissent tous deux la perte qui résulte de la faute de chacun. M. Coppa Zuccari le reconnaît lui-même (1), ce qui laisse supposer que les affaires sociales ont été négligées par l'un et l'autre, mais, et c'est ici que nous nous séparons de la doctrine qui considère le fr. 10 comme résolvant un cas de compensation de faute, si chacun des associés subit réciproquement les conséquences du dommage, la négligence de l'un des associés n'a pas amené celle de l'autre, les deux fautes (négligences) ne coopèrent pas causalement à l'arrivée du dommage.

Supposons que nous sommes en présence d'une société de tous biens (*omnium bonorum*) qui est à Rome la société de droit commun (2), et que, par la négligence de l'un des associés, la société perd cinquante et ensuite la même somme par suite de la

(1) *Op. cit.*, p. 45 et suiv.

(2) Elle est prise en effet comme type dans les commentaires et dans l'édit. Girard, *op. cit.*, 3e édit., p. 571.

négligence de l'autre. Les associés subiront un dommage qui résultera de la faute de chacun, leur part dans les bénéfices sera amoindrie d'autant, leurs dettes étant à la charge de tous (1). Cette perte sera due exclusivement à la faute personnelle de celui qui la supportera ; une partie aura pour auteur l'un des associés, l'autre partie : le second. Les deux fautes ne coopèrent pas ensemble, et nous sommes en présence, non d'une compensation de fautes, mais d'une compensation de dettes. Aussi Ulpien retient-il comme élément essentiel sur lequel il fonde sa décision le *par neglegentia* et la glose commente justement : « *par neglegentia est quae par damnum attulit* ».

Et le second paragraphe développe la même pensée, sous une forme plus précise.

Il ne nous parle pas d'une compensation de négligence, mais bel et bien d'une véritable compensation de dettes (*compensationem factam videri*) (2).

(1) Fr. 3, pr., fr. 52, § 16, fr. 73, D. *Pro socio*, et Accarias, *op. cit.*, t. II, § 623 p. 339.

(2) Voyez dans le même sens Appleton, *op. cit.*, p. 211. « Nous avons dit que la faillite d'un associé dissolvant la société, les jurisconsultes ont été amenés à parler de la société à propos de la *venditio bonorum*. C'est pour cela qu'Ulpien, au *principium* de la loi 10 *h. t.* extraite de son livre 63 sur l'Edit, traitait de la compensation dans le contrat de société ». Les compilateurs ont apporté certaines modifications au fr. 10. Ils ont, dans les paragraphes 1 et 2, « effacé le mot *deductio* et l'ont remplacé par l'expression plus générale de *compensatio* » (p. 213), « et ont interpolé les mots *ipso jure* deux fois de suite dans chacun de ces textes » (p. 448).

Il est donc impossible de donner au *par neglegentia* un sens autre que celui de la glose. La compensation des dettes sera totale (*desinere nos invicem esse obligatos*) et les associés seront libérés de plein droit l'un vis-à-vis de l'autre (*ipso jure invicem liberationem*), à moins que la faute de l'un des associés ait causé un dommage moindre que celle de l'autre, auquel cas ce dernier devra payer l'excédent, sauf à tenir compte des effets du partage (1).

(1) M. Girard, *op. cit.*, p. 579, n° 3, 5e édit., dit en effet « que chaque associé doit faire participer les autres aux bénéfices qu'il a faits pour le compte commun et contribuer aux pertes qu'ils ont faites pour lui (*communicatio lucri et damni...*). Si les parts n'ont été ni fixées par la convention des parties, ni remises par elles à l'évaluation d'un tiers, elles sont égales pour tous les associés malgré l'inégalité des apports ». Et M. Girard cite en note (note 7) un texte d'Ulpien fr. 29 pr., D. *pro socio*, 17.2 : « *Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat* »,et de Gaius, *Institutes*, III, 150 : « *et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse* ». « On a cependant parfois soutenu que les parts devraient être proportionnelles aux apports. Mais la preuve que les textes, en parlant des *partes aequae*, visent des parts égales résulte,par exemple, d'un texte de Pomponius,D., *h. t.*, 6, et de Proculus, D., *h. t.*, 80, qui ne pourraient pas dire sans cela, à propos du partage fait par un arbitre,qu'il sera parfois juste que les parts ne soient pas *aequae*, et, d'un autre côté, si le droit romain avait admis la proportionnalité,il lui aurait fallu, comme au Code civil, art. 1858, déterminer la part de celui qui fait un apport en industrie ».

CHAPITRE III

EFFETS DU DOL EN MATIÈRE DE COMPENSATION DE FAUTES (1).

La règle de la compensation des fautes en droit romain souffre une exception, lorsque celui qui cause le dommage a une conduite dolosive.

Dans le cas, en effet, où le dol de celui qui cause le dommage coopère avec la faute de celui qui est la victime de ce dol à la production du dommage, le premier est tenu de tout réparer comme si le deuxième était exempt de faute (2).

On ne compense que ce qui est qualitativement égal, or le dol et la *culpa*, ayant une nature absolument différente, ne peuvent être compensés (3).

Dans l'hypothèse prévue dans le fr. 31, D. *ad leg. Aq.*, 9.2, la faute de la personne qui supporte le dommage, c'est-à-dire de la personne qui passe dans un endroit dans lequel *nullum iter erat*, est absorbée

(1) Cf. Mommsen, *op. cit.*, p. 258. *Berechnung des Interesse bei dolosen Rechtsverletzungen.*

(2) Pour les délits, V. le fr. 31, D. *ad leg. Aq.*, 9.2 et fr. 9, § 4, D. *ad leg. Aq.*, 9.2 ; pour les contrats, fr. 45, § 1. D. *act. empt.*, 19. 1 et fr. 66, pr. D. *de evict.*, 21.2.

(3) Pernice, *Sachbeschäd*, p. 62. Dans *Labeo*, II, p. 38, cet auteur remarque qu'il est nécessaire que les fautes soient identiques pour que l'on puisse les compenser l'une par l'autre. Il tire de cette observation cette conséquence qu'il n'y a que celui qui a encouru une *culpa* qui est déchargé de toute responsabilité par suite de la faute du lésé, et non celui qui agit *dolose*.

en quelque sorte par la conduite frauduleuse de celle qui cause le dommage, qui *immittit in eum quem viderit transeuntem*. On laisse de côté la faute du passant, pour ne plus considérer que la mauvaise foi de celui qui, en taillant un arbre, jette quelque chose sur le passant qu'il voit traverser un chemin qui n'est pas frayé (1). La règle de Pomponius (2) se trouve écartée.

Elle reprend son empire dans le cas où le lésé s'est rendu lui-même coupable d'un dol ; il y a alors compensation en vertu du principe d'équité suivant : *si duo malo fecerint, invicem de dolo non agent* (3).

Dans le cas où l'on oppose le dol au dol, aucune des deux parties ne peut élever des prétentions contre l'autre ; « voilà pourquoi on n'admet aucune *replicatio doli* contre l'*exceptio doli*, lors même que l'on pourrait la baser sur des faits positifs (4). »

(1) Sur la discussion générale de ce fragment, v. note 1, p. 40.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

(3) V.les fr.36. D. *de dolo*, 4,3; 57, § 3, D. *contr. empt.*,18. 1 :« *dolo inter utramque partem compensando* »,et 3, § 3, D. *de eo per quem*, 2, 10 : « *ab utraque parte dolo compensando* ».

(4) Cf. Wendt, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 171 ; Pernice, *Sachbeschäd*, p. 61. Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 43. Sur la compensation du *dolus* avec la *culpa lata*, v. Pernice, *Sachbeschäd*, p. 62. Les jurisconsultes ont assimilé au dol conscient la faute trop grossière, *culpa lata*, *culpa magna*. Girard, *op. cit.*, 3e édit., p. 647, et Accarias, *op. cit.*, II, § 662, p. 445 : « C'est du reste, dit cet auteur, un principe général que dans tout contrat où on répond de son dol, on répond aussi de sa faute lourde. » V. les fr. 5, § 15, D. *Ut in poss. leg.*, 36. 4, fr. 1, § 5, D. *de obl. et act.*, 44. 7. Cette doctrine, remarque Accarias, note 1 à l'endroit cité, ne prévalut pas sans quelque discussion, elle remonte à Nerva d'après Celse. V. Girard à l'endroit cité, note 2, p. 648.

CHAPITRE IV

CONCLUSION GÉNÉRALE ET ESSAI D'UNE EXPLICATION DE LA RÈGLE DE POMPONIUS : QUOD QUIS EX CULPA SUA DAMNUM SENTIT, NON INTELLEGITUR DAMNUM SENTIRE (1).

La conclusion qui ressort de l'étude de tous ces fragments est fort simple.

Mise en présence d'un texte qui met en œuvre plusieurs responsabilités, la tâche de l'interprète est de rechercher si les fautes sont en coopération causale l'une avec l'autre.

En étudiant les solutions de la loi Aquilia, nous avons rencontré deux fragments (2) qui nous semblent être des exemples aussi frappants qu'exacts de la compensation des fautes en droit romain, tant par la solution qui y est adoptée que par la contexture même de l'hypothèse qui y est prévue.

Dans les contrats nos recherches ne sont pas restées vaines. Bien au contraire, le droit romain a connu de véritables cas où la faute de l'une des parties au contrat vient coopérer causalement avec la faute de l'autre à la production de l'événement domma-

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(2) Fr. 11, D. *ad leg. Aq.*, 9.2., fr. 62, *de furtis*, 47.2,

geable. Quand l'acheteur ne se montre pas diligent (1), il vient aggraver, par sa propre faute, la faute du vendeur. Il est donc équitable que l'acheteur supporte les conséquences dommageables qui résultent de sa négligence : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (2).

Ainsi la maxime de Pomponius (3) a été introduite pour régir la théorie des fautes en se fondant sur un principe d'équité.

C'est ce qui résulte, il nous semble, de l'examen de tous les fragments que nous venons de passer en revue.

Si cette étude a fait apparaître quelle était la partie générale en droit romain du fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, peut-être va-t-elle nous permettre d'en donner maintenant une explication qui ne peut avoir rien de théorique, puisque nous reconnaissons que l'équité seule a présidé à l'élaboration de la règle de Pomponius (4).

Pourquoi le droit romain arrive-t-il à repousser totalement celui qui est en faute ?

Telle est la question qui, une fois résolue, donnera au fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17 tout son sens.

(1) Fr. 21, § 3, D. *de act. empt. vend.*, 19.1.
(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50 17.
(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17. Voyez la première partie, chapitre II, p. 26, et chapitre III, p. 30 et suiv.

La loi Aquilia (1) réprime la faute active la plus minime, elle protège la victime d'une façon très complète, mais cette loi protectrice au plus haut point des intérêts du lésé, ne peut, semble-t-il, exister sans présenter en retour quelques inconvénients lorsque celui-ci est lui-même en faute.

Tout, en matière délictuelle, étant d'interprétation stricte, la règle de Pomponius (2) doit avoir, elle aussi, ce caractère dans son application à la loi Aquilia. En effet, celui à qui on oppose cette maxime est repoussé totalement ; en l'invoquant, on paralyse complètement les prétentions de la victime qui, à supposer qu'elle ne fût pas en faute, eût été en droit de les faire valoir.

Cette sévérité que la loi Aquilia montre à l'avantage de la victime, doit, équitablement, se retourner contre elle, lorsque, à son tour, elle coopère à l'arrivée du dommage.

La large protection qui est assurée à celui qui est exempt de faute nous fait ainsi mieux comprendre le refus de protection que la loi lui oppose, lorsque, par son fait, il a été cause du dommage.

La maxime de Pomponius (3) devait naturellement passer dans les contrats de droit strict où la faute, elle aussi, consiste dans un fait actif (4) et régir en-

(1) Accarias, *op. cit.*, t. II, § 678, p. 499.
(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.
(4) Girard, *op. cit.*, p. 652, 5e édit.

suite les contrats de bonne foi. Car, d'après le témoignage de Pernice (1), « la proposition qu'a formulée Pomponius au fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17, existait déjà au temps de la République, toutefois on ne peut affirmer que Q. Mucius Scaevola la formulait dans les mêmes termes que Pomponius, ce que le fr. 23, D. *commod.*, 13. 6, laisse presque supposer ; mais il est hors de doute que la règle : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*, servait de base aux décisions de Servius et de Labéon (2).

Le caractère strict que revêt la règle de Pomponius (3) dans son application à la loi Aquilia, l'a fait apparaître dans les contrats de droit strict avec un rôle analogue à celui que joue l'exception de dol dans ces mêmes contrats.

(1) *Labeo*, t. II, p. 36.

(2) M. Lenel dans ses *Palingenesia juris civilis. Volumen alterum*, p. 60, note 2, nous indique que Pomponius *ad Q. Mucium* a conservé l'ordre adopté par Q. Mucius. « Il est certain, dit-il, qu'aux livres I-IX, il s'agissait des testaments et des legs, au livre XVIII, des affranchis par testament, aux livres XXIII-XXVI des usucapions, au livre XXXI de l'achat et de la vente, de la société dans les livres XXXV, XXXVI, des captifs et du *postliminium* au livre XXXVII, des vols au livre XXXVIII. » Mais il ajoute : « *cetera omnia remanent in incerto, cum pauca illa, quae ex reliquis libris ad nos pervenerunt, facile aliqua occasione oblata in quolibet tractatu vicino injici potuerint* ». Or le fr. 203, extrait du livre *ad Q. Mucium*, doit, selon toute vraisemblance, être rangé parmi les textes qui *remanent in incerto* ; il n'est pas cité au texte par M. Lenel. C'est pourquoi nous adoptons l'opinion de Pernice qui, il est vrai, n'emprunte toute sa valeur que de l'autorité de celui qui l'a émise.

(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

De même que dans les contrats de droit strict, l'exception de dol est le moyen employé par le débiteur pour ne pas exécuter (1), de même on a recours au fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, pour repousser les prétentions de la victime qui est elle-même coupable.

En invoquant la règle de Pomponius (2) on fait échouer totalement celui à qui on l'oppose, comme en matière de contrats de droit strict, l'exception de dol permet à la victime de ne point exécuter la promesse qui lui a été extorquée. Et l'analogie se poursuit encore en ce que la règle de Pomponius (3) et l'exception de dol supposent, dans notre hypothèse, un acte juridique, mais tandis que l'exception de dol a été créée pour arrêter l'action née du contrat, la règle de Pomponius (4) est intervenue, comme une sorte d'exception, pour opposer une fin de non-recevoir à la partie en faute (5).

L'application du fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, aux contrats de bonne foi, ne fit, comme semblent le prouver les textes, aucune difficulté. La portée générale de la règle de Pomponius (6), et l'idée d'équité dont elle paraissait être l'expression, devait amener

(1) Girard, *op. cit.*, p. 423, 5e édit.
(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(3) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(4) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.
(5) Cf. E. Dubuisson, *Essai sur la théorie du dol en droit romain*, thèse Dijon, 1897.
(6) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

son extension aux contrats consensuels où le juge ne se laisse guider, dans sa décision, que par les considérations qui lui paraissent les plus équitables.

La maxime de Pomponius (1) qui produit des effets analogues à ceux du dol paraît bien reposer sur une idée de dol dans les contrats, et c'est ce qui explique pourquoi le droit romain a admis la compensation totale lorsque chacune des parties a à se reprocher une faute. La victime coupable est déchue, comme indigne, de son droit à la réparation : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (2).

Appendice. — *Etude critique de la règle : paria delicta mutua pensatione dissolvuntur.* (3)

Papinien, dans le fr. 39, D. *soluto matrimonio*, 24.3, formule une règle d'une portée très générale et pose comme principe nécessaire que les délits soient de la même espèce pour pouvoir être compensés, et qu'ils soient des manquements graves à une disposition législative (4).

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

(3) Cf. Wendt, *op. cit.* p.147 et suiv. dans les *Iherings Jahrbücher.*

(4) V. aussi le fr. 154, D. *de R. J.*, 50. 17 : « *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur causa...* » Cependant, voyez le fr.36, D. *de dolo malo*, 4. 3 : « *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.* » On serait tenté de croire que Mar-

Tandis que, lorsqu'il s'agit d'une véritable compensation de fautes, un seul événement dommageable doit être causé par la faute de la personne qui est l'auteur de ce préjudice et la faute de celle qui le supporte ; dans le cas de compensation de délits, au contraire, on se trouve en présence de deux ou plusieurs faits commis par l'un des auteurs.

Il faudrait se garder de donner au principe énoncé dans le fr. 39 une portée par trop générale.

Il envisage quel est l'effet du jugement qui déclare que les deux époux sont l'un et l'autre la cause de la rupture de leur mariage, et il tend à expliquer pourquoi les époux adultères ne peuvent faire valoir les droits qui leur appartiennent sur la dot et les donations *propter nuptias* (1). Les juristes romains allèguent souvent des motifs généraux et fondamentaux que l'on trouverait injustes et hors de propos si on les appliquait dans d'autres cas (2), et souvent dans des hypothèses qui présentent une situation analogue à celle du fr. 39, une décision différente est indiquée (3).

cien dit ici que les délits réciproques, à quelque espèce qu'ils appartiennent, se compensent l'un et l'autre, mais telle n'a pu être la pensée de ce juriste qui n'envisage dans ce texte que les effets de la mauvaise foi dont se rendent coupables les deux contractants.

(1) Sur l'adultère, voyez Accarias, *op. cit.*, t. I, § 92, p. 223 et suiv., et surtout t. II, § 834 *a*. Des résultats de l'action *rei uxoriae*, p. 901, 902.

(2) Cf. Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 20.

(3) Cf. les fr. 2, § 4, D. *ad leg. Jul. de adult.*, 48. 5 : « *sed non est*

Dans le fr. 39, où est posé le principe dominant de la compensation des délits (1), il n'est nullement question de la réparation du dommage causé, mais seulement de la peine.

L'adultère ne donne à l'époux blessé qu'une juste cause de divorce et modifie en sa faveur les règles relatives à la restitution de la dot (2). Là s'arrête la sanction quand l'adultère émane du mari (3). Contre la femme adultère, la loi *Julia de adulteriis*, rendue sous Auguste, établit la confiscation de sa dot et du tiers des autres biens. Cette sévérité fut accrue par Constantin qui prononça la peine de mort (4), et tel est encore l'état de la législation du Code de Justinien. La peine consiste donc en une pénalité infligée à l'époux coupable au profit du conjoint innocent.

Si deux personnes, qui sont en relation d'affaires, manquent toutes les deux à une règle positive du droit, aucune ne peut, en se basant sur le délit de l'autre, élever des prétentions en dommages-intérêts ; n'est-il pas conforme au droit que le juge repousse toute plainte basée sur une *communis malitia* (5) ? En vertu d'un principe d'équité,

hujus modi compensatio admissa », Wendt, *op. cit.*, p. 146, dans les *Iherings Jahrbücher* et fr. 14, § 5. D. *ad leg. jul. de adult.*, 48.5.

(1) Voyez dans le même sens le fr. 154, D. *de R. J.*, 50.17.

(2) Ulpien, *Regulae*, VI, §§ 12 et 13.

(3) Fr. 1, C. *ad leg. Jul. de adult.*, 9.9.

(4) Fr. 30, §§ 1, C. *ad leg. Jul. adult.*, 9.9.

(5) Cf. Pernice, *Labeo*, II, p. 33.

les juristes romains permettent de rendre ruse pour ruse, violence pour violence, outrages pour outrages (1), et de renvoyer ainsi les parties dos à dos en leur refusant le droit d'élever des prétentions l'une contre l'autre (2).

En effet, « lorsqu'une personne cause à une autre une douleur physique ou psychique, il n'y a rien qui soit équivalent à l'offense reçue. L'offensé éprouve à cause de cela — et c'est dans la nature humaine — un sentiment de soulagement et de satisfaction en infligeant à l'offenseur une douleur de même nature et de même gravité que celle qu'il a éprouvée, et il trouve en agissant ainsi la compensation du mal et du dommage subi. L'un et l'autre — offenseur et offensé — doivent approuver les paroles de Pomponius : « *Quod fecit, passus est* (3) », et c'est pourquoi on refuse, à l'un et à l'autre, le droit de demander l'application d'une peine ou la réparation du dommage par l'action *injuriarum aestimatoria* ou *legis Aquiliae utilis* (4) ».

(1) Sur l'idée d'équité qui se trouve à la base des décisions des juristes romains, voyez Leyden, *Die sogennante Culpa-compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch.*, 1902, p. 21. « La raison de cette compensation est basée sur ce motif : les lois regardent comme contraire à l'équité de déposer une plainte contre d'autres personnes en alléguant une faute dont on s'est rendu coupable. »

(2) Cf. Wendt, *op. cit.*, p. 146, dans les *Iherings Jahrbücher*.

(3) Fr. 12, § 1, D. *quod metus causa*, 4.2.

(4) Cf. Levison, p. 11, *Ueber Kompensation der Culpa*, 1891.

Les considérations que nous venons de faire valoir ont inspiré la rédaction des textes suivants : fr. 12, § 1, D. *quod metus causa*, 4.2 : « *Quaeri poterit, an etiam ei qui vim fecerat passo vim restitui praetor velit per hoc edictum ea quae alienavit. Et Pomponius scribit, lib. 28, non oportere ei Praetorem opem ferre : nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. Quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu te accepto liberare, nihil esse quod ei restituatur.* »

Dans le fr. 7, § 3, D. *quod vi aut clam*, 43.24, Julien se demande si l'exception « *quod non tu vi aut clam fecisti* » ne porte pas atteinte à l'interdit « *quod non tu vi aut clam feceris* ». Julien pense qu'il est très équitable d'accorder cette exception. En effet, si quelqu'un a bâti *vi aut clam* et qu'une personne intéressée, par exemple le propriétaire du fonds, démolisse la construction *vi aut clam*, en se rendant ainsi justice, ce même propriétaire sera en droit d'opposer à celui qui a bâti, l'exception : « *quid non tu vi aut clam fecisti ?* » De même l'exception « *vis armatae* » pouvait être opposée à l'interdit « *de vi armata* ». On exige ainsi l'identité des délits pour qu'il y ait compensation (1). Il en est de même de

(1) Cf. Pernice, *Labeo*, II, p. 34 et suiv. ; Wendt, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 146. — Voyez dans le même sens le fr. 2, § 15, D. *ne quid in loco publico*, 43.8. « Si un individu bâtit sur un lieu public et que ce bâtiment nuise à celui qui a été élevé

l'*actio injuriarum*, et l'on admet sans difficultés que la compensation doit avoir lieu quand des blessures également graves sont causées réciproquement par des individus en rixe (1).

Permettre aux particuliers de demander la compensation des délits réciproques, c'est leur reconnaître le droit de se défendre eux-mêmes sans recourir à l'autorité judiciaire. L'offensé, en causant à la personne qui l'a lésé un dommage de même nature et de même gravité que celui qu'il a supporté, rétablit les choses dans leur état primitif, caractérisé par l'absence d'obligations réciproques. En ce cas l'offensé ne peut demander ni l'application d'une

par un autre individu en ce même lieu, l'interdit ne sera pas donné à celui qui a bâti illicitement. *Idem ait, si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstet, quod tu in publico aedificaveras, cessare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris, [nisi forte tu jure tibi concesso aedificaveras]*. »

(1) Cf. Wendt, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, p. 146, note 4 ; Bekker, *Aktionen*, p. 172, n. 13. Cet auteur cite à la note 13, le fr. 17, § 8, D. *de injuriis*, 47.10 ; d'après Wendt, p. 146, note 4, c'est sans raison, et il ajoute au texte, p. 146 : « Ce n'est qu'en forçant le sens du *dominum defendere* qu'on peut l'interpréter comme donnant le droit à l'esclave de rendre des injures à celui qu'on a adressé à son maître. Bekker — à l'endroit cité — considère que le fr. 52, § 1, D. *ad leg. Aq.*, 9.2, s'inspire de la même pensée. Pernice, *Labeo*, II, p. 37, et Wendt, *op. cit.*, p. 146 *in fine* repoussent cette manière de voir. Il faut rattacher ce texte à la règle de Pomponius, fr. 203, D. *de R. J.*, 50 17. Quiconque commence une rixe doit en subir les conséquences qui lui sont dommageables. Nous ne voyons pas dans ce texte un cas de compensation de fautes, malgré l'opinion contraire de certains auteurs. Voyez sur ce point Demelius, dans les *Iherings Jahrbücher*, V, p. 60 et suiv. ; Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 30 et suiv. Voyez la discussion de ce texte p. 36 et suiv. Deuxième partie. Chapitre I.

peine, ni une réparation, et il n'est lui-même soumis à aucune obligation.

Se donner satisfaction à soi-même, de sa propre autorité, n'est-ce pas revenir à la phase de la vengeance privée : « la forme la plus imparfaite et la plus ancienne de la répression de l'injustice? (1) »

(1) Girard, *op. cit.*, p. 392, 4e édit. Il y a là une idée intéressante et qui méritait d'être mise en lumière à la fin de ce chapitre. V. à ce sujet Coppa Zuccari, *op. cit.*, p. 21 et suiv. Coppa Zuccari trouve dans le principe « *ex communi malitia actio non datur* » l'idée qui devait amener les juristes romains à adopter cet aphorisme : « *in pari causa melior est causa possidentis* ». « Le principe *ex communi malitia actio non datur*, dit-il, p. 25, conduisit et c'était naturel, à cette conséquence que le défendeur était préféré au demandeur quand l'un et l'autre se trouvaient dans les mêmes conditions. Et cette idée fut adoptée dans plusieurs fragments : « *dum quaeritur de damno*, demande Paul, fr. 91, § 3, *i. f.*, D. *de verb. obl.*, 45. 1, *et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur* ? » Et Pomponius, fr. 33, D. *de R. J.*, 50. 17, affirme : « *in eo, quod vel is qui petit vel is a quo petitur lucri facturus est, durior causa est petitoris.* » La règle qui en découle « *in pari causa, melior est condicio possidentis* » fut considérée comme un principe général qui guidait les juristes romains dans leurs décisions, et c'est sous cette forme que se trouve souvent répété cet aphorisme juridique. »

TROISIÈME PARTIE

ASPECT QUE REVÊT LE PROBLÈME DE LA COMPENSATION DES FAUTES DANS LES LÉGISLATIONS ACTUELLEMENT EN VIGUEUR.

On n'attacha pas dans l'ancien droit une importance particulière à la règle de Pomponius (1). Accurse (2), dans sa glose sur le fragment 203, D. *de diversis regulis juris antiqui*, 50. 17, se contente de citer certains fragments qui semblent s'y référer et en particulier le fragment : *si putator* (3). Quant à Pothier (4), il voit dans la règle de Pomponius (5) un principe de morale tout autant que de droit et il lui reconnait une application générale : *generalissima quoque haec regula et variis speciebus aptabilis* (6).

Le problème de la compensation des fautes, quel-

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17.

(2) La Glose, *Digestum novum*, t. III, p. 1042.

(3) Fr. 31, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2 discuté dans la deuxième partie, chap. I, note 1, p. 40.

(4) *Pandectae Justinianae*, t. III, p. 612.

(5) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50, 17.

(6) Cf. Pothier, *op. cit.*, p. 612 et il cite différents textes qui, selon nous, ne prévoient pas des cas de compensation de fautes.

que peu délaissé dans l'ancien droit, s'est posé à nouveau dans les législations modernes, mais en se modifiant ; à l'idée d'une compensation basée sur l'exclusion totale des dommages-intérêts, s'est substitué le principe suivant bien plus équitable : on doit, avant de compenser deux fautes, considérer si la faute du lésé est égale à celle du lésant ou la dépasse (1).

Reste à savoir quelle sera l'étendue de la responsabilité et de quelle façon la jurisprudence déterminera le chiffre des dommages-intérêts.

Cette question sera résolue par les tribunaux et ils devront considérer de quel côté se trouve la faute la plus grave, après les avoir comparées l'une à l'autre.

Deux cas peuvent alors se présenter : ou bien les deux responsabilités s'annihilent et se compensent, et il n'y a lieu à aucune condamnation à des dommages-intérêts ; ou bien les responsabilités sont inégales parce qu'il existe des degrés dans les fautes commises et chacun doit encourir une condamnation à des dommages-intérêts, dans la proportion et dans la mesure de la faute qui lui est imputable.

Ce sera aux magistrats à déterminer cette mesure et cette proportion.

Quand on dit que deux fautes sont compensées

(1) Cf. Wendt, *op. cit.*, p. 148 et suiv. et spécialement p. 165 et suiv., dans les *Iherings Jahrbücher* ; Gottschalk, *op. cit.*, p. 54.

l'une par l'autre, on veut spécifier que les parties sont dispensées du paiement des dommages-intérêts : dans ce cas les deux fautes s'annihilent l'une et l'autre (compensation totale que le droit romain a seule connue) ; ou que le chiffre des dommages-intérêts est réduit par le juge dans une certaine proportion par suite de la faute du lésant et du lésé : ce qui laisse supposer qu'ils subissent chacun une partie du dommage qu'ils ont contribué à causer (compensation partielle). Le montant des dommages-intérêts que le lésant doit au lésé se trouve ainsi réduit par suite de la faute de ce dernier.

A cette classification des cas de compensation de fautes en compensation totale et partielle correspondent les deux systèmes qui ont été accueillis par les législations et les jurisprudences ; ou bien elles répartissent le dommage entre celui qui le cause et celui qui le subit en proportion de l'entité des fautes respectives (système adopté par la jurisprudence française et le droit suisse), ou de l'action développée par chacun dans la production du dommage (§ 254, B. G. B.) ; ou bien elles décident que le lésé n'est pas en droit de demander la réparation d'un préjudice qu'il a contribué à causer (système du droit anglais et du droit italien).

Dans un premier chapitre, nous étudierons la règle qui est suivie par la jurisprudence française et le Code fédéral suisse des obligations et qui est adoptée

par le paragraphe 254, B. G. B. et le paragraphe 1304 du Code civil autrichien ; dans un second nous indiquerons les solutions admises en Angleterre et en Italie ; et dans un troisième nous conclurons.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DU SYSTÈME DE RÉPARTITION ADOPTÉ PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE, LE CODE FÉDÉRAL SUISSE DES OBLIGATIONS ET LE PARAGRAPHE 254, B. G. B. (1).

I. — Jurisprudence française et article 52, alinéa 2, du Code fédéral des obligations.

A. — La jurisprudence française répartit le dommage entre l'auteur et la victime, pensant avec raison que lorsque la victime est elle-même un des auteurs, elle doit supporter au moins une partie du dommage qu'elle a contribué à causer (2).

(1) *Bürgerliches Gesetzbuch.*

(1) V. Cass., 22 novembre 1848, S. 48.1.700 motifs ; Cass., ch. civ., 7 août 1895, D. 96.1.81, note de M. Planiol, S. 96.1.127 ; Cass., 22 février 1898, S. 99.1.492. Ces deux derniers arrêts font application du décret du 9 septembre 1848 limitant à douze heures de travail effectif la journée des ouvriers (Cass. civ., 6 mai 1901, S. 1901.1.288). Cet arrêt statue sur l'application de l'article 2, § 2 de la loi du 12 juin 1893 qui, pour assurer la sécurité des travailleurs dans les établissements fonctionnant par des appareils mécaniques, oblige les chefs d'industrie, directeurs, gérants ou préposés à séparer des ouvriers « de telle manière que l'approche n'en soit possible que pour les besoins du service, les roues, les courroies, les engrenages ou tout autre organe pouvant offrir une cause de danger ». Il contient ce considérant intéressant : « Attendu que, si l'ouvrier s'est approché de l'organe non protégé en dehors des besoins du service ou même contrairement aux ordres qu'il avait reçus, il en résulte à sa charge une faute plus ou moins grave, dont le juge devra tenir compte dans la fixation des dommages-

Elle répartit les dommages-intérêts proportionnellement à la gravité des fautes commises (1), et « c'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, dans leur pouvoir discrétionnaire, la part de responsabilité qui doit incomber à chacune des parties, ou si ces deux responsabilités se compensent tout à fait en s'annihilant » (2).

intérêts, mais dont l'existence ne saurait effacer la faute du patron. » Dans le même sens voyez Paris, 5 août 1897, S. 98.2.39 ; Cass. req., 19 mars 1901, *Pand. fr.*, 1901.1.236 avec note et Cass., 22 avril 1902, D. 1904.1.358, *Pand. fr.*, 1903.1.95 (application de l'article 81 de la loi du 21 avril 1810, modifiée par celle du 27 juillet et l'article 10 du décret du 27 avril 1892) ; Cass. req., 5 août 1879, S. 81.1.403.

(1) La jurisprudence est fixée sur ce point depuis fort longtemps. Un arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1879, S. 80.1.55, cassant un arrêt d'Amiens, s'exprime ainsi : « Attendu que si la personne lésée a commis elle-même une imprudence, cette circonstance peut sans doute autoriser les tribunaux à réduire le chiffre des dommages-intérêts, mais qu'elle ne saurait affranchir de toute responsabilité celui dont la faute a contribué, dans une mesure quelconque, à déterminer l'accident, à le rendre plus grave. » V. dans le même sens, Cass. req., 24 février 1886.1.460. On y lit l'attendu suivant : « Attendu que les tribunaux sont autorisés à répartir entre la victime et l'auteur direct du dommage le montant des réparations, dans certaines proportions, suivant la gravité des torts imputables à chacun d'eux. »

(2) Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXXI, § 510, p. 442, 1882. — La jurisprudence est sur ce point suivie par la majorité des auteurs : Laurent, *Principes de droit civil*, t. XX, § 491, p. 522 : « La conséquence la plus naturelle de la faute est, non d'affranchir de toute responsabilité l'auteur du fait dommageable, mais de la diminuer, en ce sens, que les dommages-intérêts auxquels il est condamné doivent être proportionnés à l'étendue de la faute, et la faute est diminuée quand le dommage est imputable, en partie, à la faute de celui qui l'éprouve » ; Larombière, *Traité des obligations*,

Dans ce cas aucune indemnité n'est accordée ; chacun supporte les conséquences de sa propre faute.

On trouve l'application de ce principe dans un arrêt récent de Bordeaux (1) : « Dans le cas de faute commune, dit cet arrêt, il ne peut y avoir de compensation totale ou partielle pour la réparation du préjudice causé qu'autant que celui-ci est égal pour les parties qui sont en faute ou proportionnel aux fautes commises. »

Quand deux fautes sont d'égale importance, elles se compensent et s'annihilent réciproquement.

Le système admis par la jurisprudence dans le cas où l'auteur et la victime ont chacun une faute à se reprocher prend, comme base de répartition, la gravité respective des fautes, or n'est-il pas en contradiction flagrante avec le principe posé en cas de faute unilatérale par l'article 1382, qui, sans se soucier du degré de faute, n'a égard qu'à l'étendue du dommage causé ? Le seul principe admis en matière d'indemnité quand il s'agit de délit civil n'est-il pas

t. V sur l'article 1384, n° 45,1857 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, § 503, p. 435 : « Chacun doit encourir une condamnation à des dommages-intérêts dans la proportion et dans la mesure de la faute qui lui est imputable » ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, § 446, p. 755, 4e édit. ; Soudat, *Traité général de la responsabilité*, t. I, § 108, p. 118, § 662, p. 742 et t. II, § 771, p. 18, 5e édit. ; Fromageot, *De la faute en droit privé*, thèse Paris, 1891, p. 48 et suiv. ; *Rev. crit. de lég. et de jur.*, année 1902, p. 419, *Examen de jurisprudence*, par M. Perreau ; Arrêt du 19 mars 1901 rapporté aux *Pand. fr.*, 1901.1.236.

(1) *Recueil de Bordeaux*, 1903.1.369.

celui de la réparation intégrale, réparation qui est mesurée par conséquent d'après le préjudice personnel éprouvé par la victime ?

C'est mal poser la question.

Le système de la jurisprudence est une déduction purement logique de l'article 1382. Chacun doit la réparation du seul préjudice provenant de sa faute et il doit y avoir, autant que possible, équilibre entre la culpabilité et la réparation ; ne peut-on pas dire que la réparation à laquelle l'auteur du fait dommageable est condamné est une peine civile et que toute peine doit être proportionnée à la gravité de la faute (1) ? Et en effet « en droit français la responsabilité civile n'a point pour centre de gravité unique la personne de la victime et le dommage par elle souffert ; elle n'est point *einäugig*, suivant le reproche autrefois adressé par Ihering à la pratique allemande; la fonction réparatrice des dommages-intérêts n'absorbe pas l'attention des tribunaux au point de leur faire oublier leurs fonctions pénales... Défiance vis-à-vis d'un système de réparation pure, adjonction à l'idée de réparation d'idée pénale : tel est en somme au point de vue qui nous occupe, le bilan du droit français (2). »

(1) Laurent, *Principes*, t. XX, nos 384 et suiv., 485-487 et suiv., 491 et suiv.

(2) L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904, p. 254 et suiv. : « Des tribunaux et des Cours, poussés par les circonstances, se sont laissé parfois entraîner à dire que la réparation est une peine ; qu'elle se gradue sur la faute,

Si un dommage est causé par la faute de plusieurs personnes, chacune de ces personnes doit contribuer à la réparation en proportion de sa participation à l'arrivée du préjudice. Comme le dit un arrêt de la Cour de cassation, arrêt d'autant plus notable qu'il fut rendu à la suite d'une décision de la Cour d'Amiens consacrant une doctrine contraire : « les articles 1382 et 1383 ne limitent pas la responsabilité qu'ils prononcent contre celui par la faute duquel l'accident est arrivé, au seul cas où cette faute a été la cause unique et immédiate de l'accident préjudiciable (1). »

Cet arrêt admet donc implicitement que l'article 1382 est applicable au cas de faute concurrente et que le chiffre de l'indemnité réclamée par la victime est réductible en raison de sa participation (2) à l'arrivée du dommage.

« Il y a en pareil cas un partage de responsabilité entre la victime et le délinquant, chacun supportant une partie seulement du dommage ; l'une reste définitivement à la charge de la première ; l'autre est représentée par l'indemnité payée par le second. On peut aisément expliquer cette doctrine d'une

sur la fortune. C'est ce qu'a affirmé la Cour de Nancy, dans un arrêt du 9 décembre 1876 (D. 79.2.47) : « La condamnation à des dommages-intérêts constitue une sorte de peine » et voyez les décisions citées par M. L. Hugueney, *op. cit.*, p. 252.

(1) Cass., 20 août 1879, S. 80.1.55.

(2) Cass., ch. req., 19 mars 1901, *Pand. fr.*, 1901.1.236 (solution implicite).

manière rationnelle, en disant que chacun supporte le dommage dans la proportion où il en est lui-même la cause, proportion ne pouvant du reste être déterminée que par le juge du fait. C'est là une déduction équitable et logique du principe même assigné à la responsabilité civile par la loi française : chacun doit réparation du seul préjudice provenant de sa faute (1). »

A chacun sa part de responsabilités (2) : c'est cette

(1) *Examen de jurisprudence*, par M. Perreau, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1902, p. 419.

(2) La jurisprudence applique le système que nous venons d'exposer à l'abordage maritime. L'article 407 du Code de commerce contient trois dispositions relatives à l'abordage : 1° en cas d'abordage fortuit, le dommage est supporté par celui des navires qui l'a éprouvé, sans recours contre l'autre ; 2° en cas d'abordage occasionné par la faute de l'un des capitaines, le dommage est payé par le navire que ce capitaine commande ; 3° en cas de doute, c'est-à-dire si l'on ne peut savoir si l'abordage est arrivé par cas fortuit, ni par la faute duquel des deux capitaines il a été causé, le dommage est supporté à frais communs, *Jurisprudence générale*, Dalloz, V° *Abordage*, n°s 1136 et suiv. Une quatrième hypothèse, que la loi n'a pas prévue, peut se présenter : l'abordage a été amené par la faute des deux capitaines. C'est dans cette hypothèse que se pose la question de savoir sur quelle base se fera la répartition du dommage. Les juges apprécient souverainement les circonstances dans lesquelles s'est produit l'abordage et desquelles ils font résulter la faute coopérante. Cass., 30 juin 1879, D. 81.1.173 ; 12 juin 1876, S. 76.1.422. La jurisprudence fait peser sur les deux agents responsables le fardeau de la réparation en raison de la *relation indivise* qui existe entre le dommage et la faute des deux capitaines. C'est ainsi que la chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les capitaines des navires dont l'un a été abordé par l'autre sont responsables du dommage, chacun en proportion de la gravité de sa faute, lorsqu'il est prouvé que l'abordage est arrivé par la faute de l'un et de l'autre. Voyez

idée qui, en notre matière, guide la jurisprudence, et c'est la meilleure conclusion que nous puissions donner après cet examen général entrepris dans le but de rechercher le principe dominant de notre droit (1).

B. — La théorie admise par la jurisprudence française a été sanctionnée législativement dans le Code fédéral suisse des obligations : « S'il y a une faute imputable à la partie lésée, dit l'article 52, alinéa 2e, le

de même, Cass., ch. civ., 15 novembre 1851, D. 73.1.341 et la note ; dans le même sens : Cass., 11 juillet 1892, D. 94.1.513 et la note de M. Levillain ; Bordeaux, 30 juillet 1888, *Revue internationale de droit maritime*, t. IV, p. 259, Bordeaux, 23 mars 1887, *Revue internationale de droit maritime*, t. III, p. 26 ; Rouen, 6 février 1885, *Revue internationale de droit maritime*, t. I, p. 146 ; Bordeaux, 1er décembre 1886, *Revue internationale de droit maritime*, t. II, p. 521, Bruxelles, 3 janvier 1879, *Pasicrisie*, 1879.2.262 et Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, V° *Avarie*, Sirey, *Répertoire*, V° *Abordage*, nos 155 et suiv. ; *Pand. fr.*, *Répertoire*, V° *Abordage*, nos 140 et suiv. ; Desjardins, *Traité de droit maritime*, t. V, § 1128, p. 133, 1886. La même solution a été adoptée en cas d'abordage fluvial ; Paris, 3 janvier 1884 et 22 janvier 1885, S. 85.2.109, l'article 407 du Code de commerce n'est plus en ce cas applicable ; la responsabilité est appréciée d'après les règles du droit commun (art. 1382, C. civ.). Sur la faute en matière d'abordage, voyez Demey, *De la faute commune, spécialement en matière d'abordage maritime*, thèse Paris, 1906.

(1) Sur d'autres applications du système de la jurisprudence, voyez en ce qui concerne le contrat de transport de personnes : Cass., 10 novembre 1884, S. 85.1.129 et note de M. Lyon-Caen, D. 85.1.433 et note de M. Sarrut ; et la thèse de M. A. Zens, *De la responsabilité du voiturier à raison des accidents de personnes*. Paris, 1896, p. 313 ; pour ce qui est relatif au contrat de transport de marchandises : Cass., 28 février et 19 novembre 1906, D. 1908. 5.58 et Cass., 7 mai 1907, D. 1908.1.136.

juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout. »

Si le juge considère « que les fautes de l'auteur et de la victime sont de même gravité, chacun d'eux supportera la moitié du dommage. Si, au contraire, le lésé a commis une faute lourde, impardonnable, il n'aura droit qu'à une réparation très incomplète du préjudice subi et même il pourra arriver que la disproportion entre les fautes soit si considérable qu'on juge bon d'acquitter entièrement l'auteur, malgré la part qu'il a prise à la production du dommage » (1).

II. — Le paragraphe 254, B. G. B. et le paragraphe 1304 du Code civil autrichien.

A. — Le paragraphe 254, B. G. B., alinéa 1er, suppose que celui qui souffre du dommage a coopéré à sa production : « Si lors de la réalisation du dommage, il y a eu, du chef de la partie lésée, une faute qui ait coopéré au dommage, l'existence de l'obligation à réparation comme l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances, et en particulier du point de savoir dans quelle mesure le dommage aura été causé d'une façon prépondérante par l'une ou par l'autre des deux parties (2). »

(1) Guex, *De la relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, thèse Lausanne, p. 163 et suiv., 1904.

(2) V. pour le commentaire du paragraphe 254, B. G. B., Krückmann : *Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung*

« Le principe du paragraphe 254 implique donc que la faute de celui qui a subi le dommage a eu une part d'influence dans la réalisation du préjudice, ce que marquent très expressément les expressions du texte (1). »

Il faut par conséquent deux conditions pour que l'alinéa 1 du paragraphe 254 trouve son application : un fait qui entraîne des conséquences préjudiciables et une faute du lésé qui consistera en une intention ou en une négligence, caractérisées l'une par la prévision, l'autre par la prévisibilité du résultat (2).

Sur quelle base va se faire la répartition du dommage ?

Le juge examinera le rapport causal et se posera ensuite la question suivante : qui a causé le dommage d'une manière prépondérante (3) ? Et on diminuera les dommages-intérêts que le lésé eût été en droit de réclamer dans la mesure où prédominera sa participation (4).

und deliktsfähigkeit dans les *Iherings Jahrbücher*, 1909, t. LV et Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin, 1900, t. II, § 254, p. 25 et suiv.

(1) Saleilles, *Code civil allemand* (Traduction), 1904, sous l'article 254, t. I, p. 372.

(2) Planck, *op. cit.*, t. II, sous le paragraphe 254, p. 25 ; Gottschalk, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

(3) Il semble que la théorie de la condition la plus forte : *die wirksamste Bedingung*, créée par Birkmeyer (*Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, 1885), trouve son application dans le paragraphe 254, B. G. B. La cause prépondérante n'est-elle pas en effet la condition la plus efficace, celle qui contribue plus que les autres à produire le résultat ?

(4) Gottschalk, *op. cit.*, p. 97.

Deux attelages étaient arrêtés devant une auberge et le garçon d'écurie avait apporté à manger aux chevaux sur l'ordre des frères du propriétaire de ces chevaux. S'étant approché trop près de l'un de ces animaux, le garçon d'écurie avait reçu un coup de pied. Il avait d'abord été jugé que le propriétaire des chevaux devait être déchargé de toute responsabilité en vertu du paragraphe 254. Le R. G. (1) cassa ce jugement et reconnaissant l'application du paragraphe 254, décida que cet article avait pour effet de diminuer la responsabilité du propriétaire du cheval, mais non pas de l'écarter totalement (2).

Il s'agit donc de proportionner la responsabilité non plus à la gravité respective des fautes commises, mais bien à l'importance causale des actions. On recherchera la part que le lésé a prise à la production du dommage, c'est celle-là seulement qu'il supportera.

Malheureusement ce système est d'une application très difficile, comme le prouve l'exemple suivant. L'automobile de B fait tomber l'échelle sur laquelle se trouvait A et qu'il avait placée d'une façon défectueuse : A est blessé. Si B n'avait pas omis de signaler, l'accident ne se serait pas produit ; si A avait bien placé son échelle, elle n'aurait pas été heurtée

(1) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.*

(2) Cité par Krückmann, *op. cit.*, p. 9 dans les *Iherings Jahrbücher*, t. LV.

par l'automobile. Quelle est la part de A dans la production du dommage ? en a-t-il causé la dixième partie, ou la moitié, ou simplement une plus grande partie que B ? Il est difficile, pour ne pas dire impossible, de répondre à cette question (1).

Aussi la jurisprudence a-t-elle eu à choisir entre ces trois partis : trancher la question au petit bonheur, en décidant de l'importance respective des conditions au jugé et sans se préoccuper de l'absence de mesures mêmes approximatives, ou bien reconnaissant qu'il est impossible de discerner l'importance respective des actions, partager le dommage en deux, en en faisant supporter à chacun la moitié, ou bien au lieu de peser la causalité des actions, elle pèsera la gravité des fautes, et elle adoptera un système qui aura beaucoup d'analogies avec le système français.

C'est ainsi que le R. G. déclare que « la question du degré de causalité respective coïncidera dans la règle avec le degré des fautes respectives (2) ».

L'interprétation que donne du paragraphe 254 la jurisprudence allemande est loin d'être contraire, comme l'ont cru certains auteurs, au texte même du B. G. B.

(1) 24 novembre 1902, R. G. LIII, p. 75, cité par Guex, *op. cit.*, p. 165.

(2) 14 février 1903, R. G. LIV, p. 13 ; voyez dans le même sens, 5 mai 1902, LI, p. 275 ; 24 novembre 1902, LIII, p. 75,et 12 février 1903, LIII, p. 395 où malgré une déclaration catégorique, le R. G. se résigne bonnement à scruter la gravité des fautes, cités par Guex, *op. cit.*, p. 167.

Si on voulait en effet donner une formule exacte du paragraphe 254, on devrait l'entendre de cette manière (1) : « Si en provoquant le dommage celui qui en souffre a coopéré par sa faute à son arrivée, la question revient à savoir dans quelle mesure le dommage a été causé d'une manière coupable par l'une ou l'autre partie ; ou bien, on ne changerait rien à la formule précédente, en intercalant le mot coupable avant le mot causé. Le second membre de la proposition dépend, quant à son contenu, du premier membre : pour que quelqu'un coopère au dommage par sa faute, il faut que celui qui subit le préjudice soit en faute, et sa culpabilité ne peut consister qu'en une cause coupable. Par conséquent, on ne peut apprécier qu'une cause coupable, et on a seulement le droit de se demander quel est celui qui a causé le dommage de la manière la plus coupable. Et il serait inexact de se poser cette question : quel est celui qui d'une manière coupable a le plus causé » (2) (*wer überwiegend schuldhaft verursacht hat*).

(1) Krückman, *op. cit.*, dans les *Iherings Jahrbücher*, t. LV, p. 7. L'interprétation que nous donnons au texte résulte des travaux préparatoires du B. G. B. Le paragraphe 254 a été rédigé de telle sorte qu'il puisse conserver son application dans le cas où la personne est responsable quand il y a faute de sa part et aussi quand la faute n'existe pas. C'est ce que M. Krückmann appelle la compensation des risques où l'on oppose une cause non coupable à une cause non coupable.

(2) Dans le paragraphe 254 se trouve énoncé un principe d'une portée absolument générale, aussi nombreuses sont les dispositions qui dans le B. G. B. se réfèrent à la doctrine du paragra-

B. — Le Code civil autrichien applique le système que la jurisprudence allemande adopte de plus en plus.

Le paragraphe 1304 décide que ceux qui causent et qui supportent le dommage doivent en subir les conséquences en proportion de leur faute, et dans le cas où il est impossible de déterminer cette faute, on doit leur en faire supporter les conséquences dans une égale proportion.

Les commentateurs enseignent que le juge peut et doit tenir compte de toutes les circonstances qui peuvent indiquer que la faute de l'un est plus grave

phe 254. Les paragraphes 823-824 permettent l'application du paragraphe 254, B. G.B. Quand on contrevient à une loi qui a pour but la protection d'une autre personne, on tombe sous l'application du paragraphe 254. Dans le cas prévu par le paragraphe 825, on ne comprendrait pas que celui qui a abusé de l'état de subordination dans lequel une personne du sexe féminin se trouve vis-à-vis de lui, vînt prétendre, dans l'espoir de ne pas avoir à réparer le dommage, que la femme a contribué à amener celui-ci (Gottschalk, *op. cit.*, p. 109). Dans le cas prévu par le paragraphe 844, il y a lieu d'appliquer le paragraphe 254 : « En cas d'homicide, dit M. Planck, *op. cit.*, sous le paragraphe 254, p. 27, n° 6, la question de savoir dans quelle mesure l'auteur aura à payer des dommages-intérêts à ceux qui ont droit à une pension alimentaire conformément au paragraphe 844, dépendra de la solution de cette autre question : dans quelle mesure la mort a-t-elle été causée d'une manière prépondérante soit par l'auteur de l'homicide, soit par la faute de la personne qui a été tuée. » Les dispositions du paragraphe 254 régissent même celles du Code de commerce (*Handelsgesetzbuch*). Le paragraphe 735, al. 2, stipule que dans le cas où l'abordage se produit par suite de la faute des capitaines des deux navires, l'obligation de réparer le dommage, de même que son étendue, dépendent du point de savoir dans quelle mesure l'abordage a été causé d'une manière prépondérante par l'un ou l'autre capitaine.

que celle de l'autre et quand il n'existe pas de raisons pour imposer à l'un une charge plus grande qu'à l'autre dans la réparation du dommage, on peut et on doit partager la faute en parties égales.

Mais, observe Pfaff (1), « les tribunaux, dans l'impossibilité où ils se trouvent parfois de déterminer la proportion respective des fautes, répartissent le dommage en parties égales ; mais, ajoute cet auteur, ce qui devrait être l'*ultima ratio* dans les cas les plus douteux, une habitude déplorable en a fait une règle d'une application journalière ».

(1) *Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung*, p. 38, 1880.

CHAPITRE II

ÉTUDE DU SYSTÈME DE RÉPARTITION ADOPTÉ PAR LE DROIT ANGLAIS ET LE DROIT ITALIEN.

La règle romaine qui aboutit à l'impossibilité d'exiger la réparation du dommage causé, dans le cas où deux fautes coopèrent à la production d'un dommage, a été adoptée par le droit anglais et le droit italien.

I. — Droit anglais.

Dans le droit anglais, et il n'est jamais possible de répartir le dommage entre l'auteur et la victime. Le défendeur se soustrait à toute responsabilité en démontrant que celui qui subit le dommage est en faute.

Toutefois la jurisprudence anglaise tempère ce principe par l'application d'une autre règle. Si le tiers a à se reprocher une faute lourde, s'il a agi avec dol, dans ce cas seulement la faute du lésé ne libère pas l'auteur.

Ce système est d'une iniquité évidente. Par exemple A place illicitement une perche au milieu d'une route, à la tombée de la nuit B arrive à cheval, son

cheval butte, il tombe et se blesse. A est acquitté : « Le fait qu'une personne a commis une faute ne dispense pas les autres de veiller raisonnablement à leur sécurité (1). »

De plus, pas de juste milieu, l'auteur est tenu de tout le dommage, ou bien est entièrement libéré (2).

II. — Droit italien.

Le Code de commerce italien, d'après M. Coppa Zuccari (3), contient dans son article 662 du Code de commerce, en matière d'abordage, le règlement du seul cas de faute coopérante prévu d'une façon explicite dans la législation italienne.

L'article 662 porte que, si l'abordage est douteux ou si la faute semble être commune, chacun doit supporter les dommages et les pertes qu'il a occasionnés, sans pouvoir, en ce cas, élever aucune prétention.

Peut-on déduire de cette disposition un principe général de droit ou s'agit-il d'une règle exception-

(1) Cité par Guex, *op. cit.*, p. 161.

(2) Ce système malgré ses défauts a été adopté par le Code civil saxon, dans le paragraphe 781 : « Quiconque cause un dommage à soi-même ne peut en exiger la réparation. Si un tiers a coopéré à produire le dommage, il en répond seulement en cas de dol et il doit le réparer, non pas dans une certaine limite, mais entièrement. »

(3) *Op. cit.*, p. 197 et suiv.

nelle qui ne trouve sa raison d'être que dans la spécialité du cas envisagé ?

M. Coppa Zuccari répond « que la disposition contenue dans l'article 662 n'est point spéciale au droit commercial. Il ne s'agit pas dans ce texte d'une faute coopérante particulièrement déterminée, c'est-à-dire d'une faute dont les effets régissent seuls le droit commercial. Le législateur a posé dans l'article 662 une règle d'une portée générale. Les navires ne s'abordent pas parce qu'ils font un acte de commerce, mais parce qu'ils naviguent, c'est-à-dire parce qu'ils manifestent par là leur activité, de la même façon que deux tramways, deux automobiles qui se rencontrent. Si notre législation a posé les règles de la faute coopératrice à propos de l'abordage de navires, on doit l'expliquer par ce fait que l'hypothèse d'abordage lui rendait claire l'idée de la faute coopérante. Cette argumentation semble d'autant plus fondée que le Code de commerce règle une à une toutes les hypothèses possibles d'abordage de navires : articles 660, 661.

« Il résulte de toutes ces considérations que l'article 660 du Code de commerce ne permet pas de réclamer la réparation du dommage causé en cas de faute coopérante, il ne fait aucune allusion à la causalité prépondérante, pas plus qu'il ne s'occupe de répartir le dommage en tenant compte de la gravité des fautes de chaque partie. »

CHAPITRE III

CONCLUSION GÉNÉRALE.

Nous n'hésitons pas à repousser la doctrine adoptée en Angleterre et en Italie ; il est difficile d'en découvrir les avantages pratiques et la justification théorique.

Le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation : ou bien c'est la réparation intégrale dans le cas où la faute du tiers a été très lourde (système anglo-saxon), ou bien c'est la libération complète (art. 662, C. com. italien). Entre ces deux systèmes, pas de nuance ; on passe sans transition d'une extrême indulgence à une extrême sévérité et on donne toujours une solution inique, car la faute de l'un ne supprime ni ne diminue théoriquement la faute de l'autre.

Les jurisprudences française et allemande, plus soucieuses des intérêts de la pratique et dont la conception de l'équité et des réalités juridiques est plus rapprochée de l'idéal juridique actuel, doivent être approuvées sans réserve : ou les fautes sont d'une égale gravité et il y a compensation totale ; ou des degrés peuvent les différencier, c'est au juge à proportionner dans ce cas la réparation suivant la gra-

vité des fautes commises ; on aboutit alors à une compensation partielle.

Mais reste à expliquer pourquoi le droit romain n'est pas arrivé à soupeser les deux fautes et à proportionner la responsabilité au degré de chacune d'elles.

L'explication de cette différence ne peut se trouver, selon nous, que dans le caractère strict que revêt la règle de Pomponius (1) en droit romain. Par cela seul que le lésant oppose à la victime coupable le fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17, tout est terminé ; il se trouve dans la même situation que celui à qui on demande d'exécuter une promesse qui lui a été extorquée et qui a recours à l'exception de dol pour paralyser l'action intentée contre lui.

(1) Fr. 203, D. *de R. J.*, 50.17.

Vu :
F. DESSERTEAUX.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — **La compensation des fautes et la compensation des dettes** 1

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ CRITIQUE DES DOCTRINES SUR LA COMPENSATION DES FAUTES

CHAPITRE PREMIER. — **Doctrines de Mommsen et de Demelius** 10

I. — Doctrine de Mommsen. 10
II. — Doctrine de Demelius 14

CHAPITRE II. — **Doctrines de Pernice et de M. Wendt.** . 23

I. — Doctrine de Pernice 23
II. — Doctrine de M. Wendt. 26

CHAPITRE III. — **Doctrine de M. Gottschalk. Conclusion.** 28

DEUXIÈME PARTIE

LES TEXTES ET LA DOCTRINE QUI EN RÉSULTE

CHAPITRE PREMIER. — **La compensation des fautes en matière délictuelle** (Examen des textes). 35

CHAPITRE II. — **La compensation des fautes dans les contrats** (Examen des textes) 58

CHAPITRE III. — **Effets du dol en matière de compensation de fautes** 84

CHAPITRE IV. — **Conclusion générale et essai d'une explication de la règle de Pomponius** 86

APPENDICE. — *Etude critique de la règle : paria delicta mutua pensatione dissolvuntur* 91

TROISIÈME PARTIE

ASPECT QUE REVÊT LE PROBLÈME DE LA COMPENSATION DES FAUTES DANS LES LÉGISLATIONS ACTUELLEMENT EN VIGUEUR

CHAPITRE PREMIER. — **Etude du système de répartition adopté par la jurisprudence française, le Code fédéral suisse des obligations et le paragraphe 254, B. G. B.** 103

I. — Jurisprudence française et article 52, alinéa 2, du Code fédéral des obligations 103

II. — Le paragraphe 254, B. G. B., et le paragraphe 1304 du Code civil autrichien 110

CHAPITRE II. — **Etude du système de répartition adopté par le droit anglais et le droit italien** 117

I. — Droit anglais 117

II. — Droit italien 118

CHAPITRE III. — **Conclusion générale** 120

TABLE DES TEXTES

Fr. 9, § 4, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 35.
Fr. 52, § 1, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 36.
Fr. 28, § 1, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 39.
Fr. 31, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, note 76, p. 40.
Fr. 30, § 4, D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 42.
Fr. 52, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 46.
Fr. 11, pr. D. *ad leg. Aq.*, 9. 2, p. 50.
Fr. 62, D. *de furtis*, 47. 2, p. 54.
Fr. 21, § 3, D. *de act. empt. vend.*, 19. 1, p. 58.
Fr. 11, § 12, D. *de act. empt.*, 19. 1, p. 62.
Fr. 23, § 8, D. *aed. ed.*, 21. 1, p. 64.
Fr. 45, § 1, D. *de act. empt.*, 19. 1, p. 65.
Fr. 29, § 1, D. *de evict.*, 21. 2, p. 67.
Fr. 56, § 3, D. *de evict.*, 21. 2, p. 69.
Fr. 56, § 1, D. *de evict.*, 21. 2, note 3, p. 69.
Fr. 66, pr. D. *de evict.*, 21, 2, p. 70.
Fr. 23, D. *commod.*, 13, 6, p. 71.
Fr. 5, § 7, D. *commod.*, 13. 6, p. 74.
Fr. 10, pr. D. *de compensationibus*, 16. 2, p. 75.
Fr. 36, D. *de dolo*, 4.3, p. 85, note 3.
Fr. 57, § 3, D. *de contrahend. empt.*, 18. 1, p. 85, note 3.
Fr. 3, § 3, D. *de eo per quem*, 2. 10, p. 85, note 3.
Fr. 39, D. *soluto matrimonio*, 24, 3, p. 91.
Fr. 12, § 1, D. *quod. met. causa*, 4. 2, p. 95.
Fr. 7, § 3, D. *quod. vi aut clam*, 43. 24, p. 95.
Fr. 203, D. *de R. J.*, 50. 17, p. 5, etc.

BIBLIOGRAPHIE

Mommsen. — *Beiträge zum Obligationenrecht : zweite Abtheilung, zur Lehre von dem Interesse*, 1855, p. 145.

Demelius. — *Ueber Kompensation der Kulpa*, dans les *Iherings Jahrbücher*, V, p. 52 et suiv., 1861.

Laurent. — *Principes de droit civil*, t. XX, 1869-1879.

Pernice. — *Lehre von den Sachbeschädigungen in römischen Recht*, 1867. *Marcus Antistius Labeo*, II, 1878.

Demolombe. — *Cours de Code civil*, XXXI, 1882.

Brinz. — *Lehrbuch der Pandekten*, II, 1886.

Dernburg. — *Pandekten*, II, 1887.

Wendt. — *Eigenes Verschulden*, dans les *Iherings Jahrbücher*, XXXI, p. 137 et suiv., 1892.

Windscheid. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 1900-1901.

Planck. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 1900.

Revue critique : Examen doctrinal. Jurisprudence en matière de droit civil. Questions de responsabilité, par M. E. H. Perreau, V, p. 149, XXXI, 1902.

Gottschalk. — *Das mitwirkende Versbhulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1903, Berlin.

Guex. — *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles*, thèse Lausanne, 1904.

Coppa Zuccari. — *La compensazione delle colpe*, 1909, Modene.

Krückmann. — *Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und deliktsfähigkeit*, dans les *Iherings Jahrbücher*, LV, 1909.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).